

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13626>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13626>

ISSN 0317-9656



UNIVERSITÉ DE  
SHERBROOKE

2016 Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke Vol. 46, n° 3

RDUS

RDUS

RDUS

RDUS

# Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

volume 46 — numéro 3

L'arrêt *Jordan*, le management de la justice et le droit de la gouvernance : de la conversion des droits en nombres à la transformation de la culture juridique

STÉPHANE BERNATCHEZ

L'action en concurrence déloyale et les recours indemnitaires canadiens en matière de concurrence : quel dialogue en droit civil québécois?

BENJAMIN LEHAIRE

Sur les traces de l'influence musulmane sur l'évolution du droit international humanitaire de 1858 à 1977

JABEUR FATHALLY

## Note de recherche

Lorsque le temps est l'ennemi de la justice : les fondements et les origines de la prescription extinctive des droits personnels

FRÉDÉRIC LEVESQUE, FRANÇOIS TREMBLAY et  
CAROLINE LEPAGE

## Note bibliographique

*Jalons pour une théorie pragmatique de l'interprétation du contrat : du temple de la volonté à la pyramide de sens*

JÉRÉMIE FORTIN-LEGOUX

# Revue de Droit

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

v o l u m e 46 - n u m é r o 3

Cette revue est publiée avec l'aide du  
Conseil de recherches en sciences humaines du Canada,  
division des subventions de recherche  
et de diffusion de la recherche

## **POLITIQUE DE RÉDACTION**

La RDUS est publiée par la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Les articles sont aussi disponibles sur le site internet de la RDUS et dans les banques de données suivantes : LexisNexis et Westlaw, H.W. Wilson, EBSCO et SOQUIJ. Les articles publiés dans la RDUS sont répertoriés dans : *Annuaire de jurisprudence et de doctrine du Québec*, *Index of Canadian Legal Periodical Literature*, *Index of Legal Periodicals*, *Repère*, *Index of Foreign Legal Periodicals*, *Current Law Index* et *Index à la documentation juridique au Canada / Index of Canadian Legal Literature*. Les textes soumis à la RDUS font l'objet d'une double évaluation : l'équipe de rédaction de la Revue effectue d'abord une évaluation interne, puis procède à la formation du comité de lecture, composé de spécialistes dans le domaine du droit pertinent, pour les fins d'une expertise externe. Au moment de la publication, l'auteur reçoit deux (2) exemplaires de la revue, dix (10) tirés à part et un fichier électronique correspondant à la mise en page de la version publiée.

### **Directives aux auteurs**

La RDUS reçoit des textes à tout moment de l'année pour la publication dans l'un des numéros annuels. Les auteurs qui soumettent des textes doivent se conformer aux directives suivantes :

1. Les textes soumis à la RDUS doivent l'être en exclusivité. L'auteur doit informer le directeur de la Revue dans le cas contraire, et ce, dès la soumission. L'auteur recevra un contrat de cession des droits d'auteur si le texte est accepté pour publication.
2. Les textes doivent être soumis par courrier électronique, à l'attention du directeur de la RDUS, à l'adresse suivante : [revue.droit@USherbrooke.ca](mailto:revue.droit@USherbrooke.ca).
3. La RDUS publie des articles en français et en anglais. Chaque article est accompagné d'un résumé bilingue rédigé par l'auteur ou l'équipe de rédaction. Le résumé est environ de 150 mots.
4. La RDUS publie généralement des articles de moins de 20 000 mots (incluant les notes infrapaginales). Les commentaires d'arrêts doivent être d'au plus 10 000 mots et les recensions bibliographiques d'au plus 5 000 mots.
5. Les références et citations doivent être conformes à la plus récente édition du *Guide des références pour la rédaction juridique* de Didier Lluellas (Éditions Thémis).

La Revue de Droit est située à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke, 2500, boul. de l'Université, Sherbrooke, Québec, Canada, J1K 2R1, tél.: (819) 821-7508, téléc. : (819) 821-7578, courriel : [revue.droit@USherbrooke.ca](mailto:revue.droit@USherbrooke.ca). Le coût de l'abonnement annuel est de cinquante-quatre dollars (T.P.S. et T.V.Q. en sus) pour le Canada et soixante-trois dollars pour l'étranger. Le prix unitaire de chacun des numéros de l'année 2016 est de vingt-deux dollars (T.P.S. et T.V.Q. en sus) pour le Canada et vingt-cinq dollars pour l'étranger. Tout abonné doit donner avis s'il désire interrompre son abonnement. Tous les chèques doivent être faits à l'ordre de la « Revue de Droit ».

Dépôt légal           - Bibliothèque et Archives nationales du Québec.  
                          - Bibliothèque et Archives Canada.

ISSN 0317-9656  
ISSN numérique 2561-7087

Les opinions exprimées dans  
cette revue n'engagent que  
la responsabilité des auteurs.

© RDUS, 2018.

Tous droits réservés

Maquette de la couverture: Anne Paillart

Mise en page: La Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

Impression: Imprimerie HLN

## **DIRECTION**

MATHIEU DEVINAT, directeur

## **COMITÉ SCIENTIFIQUE**

JEAN-LOUIS BAUDOUIN  
Associé, Fasken Martineau

L'honorable NICHOLAS KASIRER  
Cour d'appel du Québec

ROBERT P. KOURI  
Professeur titulaire  
Université de Sherbrooke

LUCIE LAMARCHE  
Professeure titulaire  
Université du Québec à Montréal

LOUIS MARQUIS  
Professeur titulaire  
Université de Sherbrooke

## **COMITÉ DE RÉDACTION**

STÉPHANE BERNATCHEZ  
LOUISE BERNIER  
SUZANNE COMTOIS  
MATHIEU DEVINAT  
ÉDITH GUILHERMONT  
SÉBASTIEN LANCTÔT  
CARMEN LAVALLÉE  
SÉBASTIEN LEBEL-GRENIER

## **VÉRIFICATION LINGUISTIQUE**

HÉLÈNE DUMAIS

## **VÉRIFICATION DES RÉSUMÉS**

ROBERT P. KOURI

## **ÉQUIPE DE RÉDACTION**

### **Trimestre été 2018**

Anca CIUREL,  
rédactrice en chef  
Stéphanie BERGERON  
Miguel BESSETTE  
Yezhou SHEN  
Christophe TELLIER  
Antoine TURBIDE BÉDARD

### **Trimestre hiver 2018**

Élizabeth GROLEAU,  
rédactrice en chef  
Anca CIUREL  
Sophie LADOUCEUR-TASCHEREAU  
Simon-Alexandre POITRAS  
Lindsay TURCOTTE  
Maëlle VEILLEUX

### **Trimestre automne 2017**

Élizabeth GROLEAU,  
co-rédactrice en chef  
Laurence JOLICOEUR,  
co-rédactrice en chef  
Stéphanie BERGERON  
Sophie LADOUCEUR-TASCHEREAU  
Alysée LAVALLÉE-IMHOF  
Petar STOYANOV

## **SECRÉTAIRE**

RENÉE PRUNEAU

## FONDATEUR DE LA REVUE DE DROIT

Marcel GUY, Doyen de la Faculté de droit

1968-1971

## DIRECTEURS DE LA REVUE DE DROIT

Jacques LEMAY	1970-1974	Suzanne COMTOIS	1988-1990
Michel POIRIER,		Claude BOISCLAIR	1990-1996
Co-directeur	1974-1976	Louis MARQUIS	1996-2004
Jean-Denis ARCHAMBAULT,		Daniel PROULX	2004-2005
Co-directeur	1975-1976	Robert TÉTRAULT	2005-2006
Jean-Guy BERGERON	1976-1985	Stéphane BERNATCHEZ	2006-2010
Nicola DI IORIO	1984-1987	David GILLES	2010-2015
Normand RATTI	1987-1988	David KOUSSENS	2015-2016
Pierre BLACHE,		Geneviève CARTIER	2016-2017
Directeur intérimaire	1987-1988	Mathieu DEVINAT	2017-

## DOYENS DE LA FACULTÉ DE DROIT

Albert LEBLANC	1954-1964	Pierre BLACHE	1986-1990
Richard CRÉPEAU	1964-1968	Normand RATTI	1990-1996
Marcel GUY	1968-1971	Jean-Guy BERGERON	1996-2000
Jacques J. ANCTIL	1971-1971	Louis MARQUIS	2000-2004
Jean MELANSON	1972-1979	Daniel PROULX	2004-2011
Jacques J. ANCTIL	1979-1982	Sébastien LEBEL-GRENIER	2011-
Jean-Marie LAVOIE	1982-1986		

## DIRECTION DE LA FACULTÉ

LEBEL-GRENIER, Sébastien, LL.L., LL.B. (Ottawa), D.E.A. théorie juridique (Aix-Marseille III), D.C.L. (McGill), Doyen, professeur titulaire.

MIGNAULT, Patrick, LL.B., M.B.A, M.Sc. mathématique (Laval), LL.D. (Montréal), Vice-doyen à la recherche, professeur adjoint.

ROBERT, Marie-Pierre, LL.B., LL.M. (Montréal), D.C.L. (McGill), Vice-doyenne à l'enseignement, professeure titulaire.

GAULIN, Éliane-Marie, LL.B., LL.M. (Sherbrooke), Secrétaire et directrice des affaires étudiantes.

## PROFESSEURS ASSOCIÉS

- DESCHAMPS, Marie, LL.L. (Montréal), LL.M. (McGill), juge à la Cour suprême du Canada (2002-2012).
- LEGAULT, Georges-Auguste, M.A., LL.B., Ph.D. en philosophie (Montréal), Doctorat *honoris causa* (Sudbury).
- MARQUIS, Louis, LL.B. (Sherbrooke), LL.M. (Cambridge), Ph.D. (British Columbia).
- PALLARD, Henri, B.A. histoire (U. of Alberta), B.A. et M.A. philosophie (U. d'Ottawa), D.E.A. philosophie (U. de Dijon), Docteur 3<sup>e</sup> cycle philosophie et histoire des idées (U. de Nice), LL.B. Common Law (McGill).
- PHILIPS-NOOTENS, Suzanne, M.D. (Louvain), LL.B. (Sherbrooke), LL.M. (McGill).
- OUIMET, André, LL.B. (Laval).
- RIGAUD, Marie-Claude, B.C.L, LL.B. (McGill), Doctorat (Paris-Est).
- RIVET, Michèle, LL.L. (Montréal), D.E.S. (Paris), juge et première présidente du Tribunal des droits de la personne (1990-2010).

## PROFESSEURS ÉMÉRITES

- AUGER, Jacques (†), B.A. (Montréal), LL.L. (Sherbrooke), Diplôme de droit comparé (Italie), LL.M. (Montréal).
- BERGERON, Jean-Guy, B.A., LL.L. (Laval), LL.M. (Montréal).
- BLACHE, Pierre, B.A., LL.L. D.E.S. LL.D. (Montréal).
- CHARRON, Camille, B.A., LL.B. (Laval), LL.M. (Montréal).
- GUY, Marcel (†), B.A., LL.L. (Laval).
- PATENAUDE, Pierre, B.A., LL.L., D.E.S. (Montréal).
- PHILIPS-NOOTENS, Suzanne, M.D. (Louvain), LL.B. (Sherbrooke), LL.M. (McGill).

## PROFESSEURS TITULAIRES

- BERNATCHEZ, Stéphane, LL.B., M.Sc. science politique, LL.M., LL.D. (Montréal).
- BERNIER, Louise, LL.B. (Laval), LL.M. Droit des biotechnologies (Montréal), D.C.L. (McGill).
- CARTIER, Geneviève, LL.B. (Sherbrooke), LL.M. (Cambridge), S.J.D. (Toronto).
- CASSAN, Hervé, Doctorat d'État de droit international (Montpellier), Agrégation de Droit public (Paris).
- CHOQUETTE, Catherine, B. Sc. Biologie (Sherbrooke), LL.B. (Montréal), M. Sc. Natural Sciences (McGill), LL.M. (Chicago), J.S.D. (Chicago).
- COMTOIS, Suzanne, LL.L. (Sherbrooke), LL.M. (Montréal), LL.M. (New York University).
- DEVINAT, Mathieu, LL.B. (Montréal), D.E.A. théorie juridique (Aix-Marseille III), LL.D. (Aix-Marseille III – Montréal).
- KOURI, Robert P., B.A. (Bishop's), LL.L. (Sherbrooke), M.C.L., D.C.L. (McGill).
- LAFLAMME, Lucie, LL.B., D.D.N. (Laval), D.E.S.S. (Montpellier I), LL.D. (Laval).
- LALONDE, Louise, LL.B. (Sherbrooke), LL.M. droit international (UQÀM), Doctorat en droit (Paris I – Panthéon-Sorbonne).
- LANCTÔT, Sébastien, LL.B., LL.M., D.E.S.S. common law (Montréal), D.C.L. (McGill).
- LAVALLÉE, Carmen, B.A., LL.B. (Sherbrooke), D.E.A., Doctorat de droit de la famille (Lyon III).
- MARQUIS, Louis, LL.B. (Sherbrooke), LL.M. (Cambridge), Ph. D. (British Columbia).
- MERCURE, Pierre-François, LL.B., M. Env. (Sherbrooke), D.E.A. droit international, Doctorat de droit international du développement (Nice – Sophia Antipolis).
- PEPIN, René, B.A., LL.L. (Sherbrooke), LL.M. (Montréal).
- PRATTE, Denise, LL.B. (Sherbrooke), LL.M. (Louvain).
- PROULX, Daniel, LL.L. (Sherbrooke), LL.M. (Montréal).
- ROBERGE, Jean-François, LL.B., LL.M. (Sherbrooke), M. Sc. psychologie (Montréal), LL.D. (Sherbrooke – Laval).
- ROY, Simon, LL.B. (Sherbrooke), LL.M. (Laval), LL.D. (Ottawa).
- VÉZINA, Nathalie, B.C.L., LL.B. (McGill), D.E.A. droit privé (Strasbourg III), Doctorat de droit comparé (Paris II).

## PROFESSEURS AGRÉGÉS

- BOURASSA FORCIER, Mélanie, LL.L. (Ottawa), LL.M. Droit des biotechnologies (Montréal), M.Sc. International Health Policy (Londres), D.C.L. (McGill).
- BUREAU, Marie-France, LL.B. (UQÀM), D.C.L. (McGill).
- COUTURE MÉNARD, Marie-Eve, LL.B. (Montréal), LL.M. Droit des biotechnologies (Montréal), D.C.L. (McGill).
- DESJARDINS, Marie-Claude, B.C.L., LL.B. (McGill), LL.M. (Laval), Doctorat en droit (Montesquieu-Bordeaux IV), LL.D. (Laval).
- DUFOUR, Geneviève, LL.B., LL.M. (UQÀM), Doctorat en droit (Paris XI – Paris-Sud).
- GILLES, David, Licence en droit (Strasbourg III), Maîtrise en droit public et européen (Strasbourg III), Master I (D.E.A.) Histoire des institutions et des idées politiques (Aix-Marseille III), Diplôme européen de doctrine politique (Milan), Doctorat en droit privé (Aix-Marseille III).
- GRENON, Luc, LL.L. (Ottawa), M. Fisc. (Sherbrooke).
- KOUSSENS, David, Licence en droit (Université catholique de Lille), Maîtrise en droit public (Lille II), D.E.A. en droits de l'homme et libertés publiques (Paris X), DESS en administration publique (Paris X), LL.M. en droit international et relations internationales (UQÀM), Doctorat en sociologie (UQÀM).
- MAKELA, Finn, B.A. philosophie (McGill), M.A. philosophie (Carleton), B.C.L./LL.B. (McGill), LL.D. (Montréal).
- MAYRAND, Hélène, LL.B. (Sherbrooke), LL.M. (Cambridge), S.J.D. (Toronto).
- McKEE, Derek, A.B. (Harvard), B.C.L./LL.B. (McGill), S.J.D. (Toronto).
- OULAÏ, Arthur, Licence en droit public, Maîtrise en sciences juridiques (Abidjan), LL.M., LL.D. (Laval).
- ROUSSEAU, Guillaume, LL.B. (Sherbrooke), LL.M. (McGill), Doctorat en droit (Paris I Panthéon-Sorbonne – Sherbrooke – Laval).
- ST-HILAIRE, Maxime, LL.B. (Laval), LL.M. (Laval), LL.D. (Laval).
- VÉZINA, Édith, LL.B. (Sherbrooke), D.D.N. (Sherbrooke), LL.M. (Laval), LL.D. (Laval).



## **PROFESSEURS ADJOINTS**

FORTIN, Véronique, B.C.L./LL.B. (McGill), M.A. Sociologie du droit (Oñati IISJ), Ph.D. Criminologie, droit et société (University of California, Irvine).

FRASER, Véronique, LL.B (Sherbrooke), LL.M. Droit transnational et Common Law, Juris Doctor (Sherbrooke), LL.M. Dispute Resolution (Pepperdine), Ph.D. (Ottawa, section de common law).

FRÉCHETTE, Pascal, LL.B. (Sherbrooke), LL.M. (Montréal), LL.D. (Laval).

HOUNTOHOTEGBÈ, Sèdjro Axel-Luc, D.E.A. en droit privé fondamental (Lyon III), Master 2 en Sciences politiques (Lyon III-Grenoble II), Ph. D. (Sherbrooke-Laval).

POPOVICI, Alexandra, B.A. (Montréal), B.C.L./LL.B. (McGill), LL.M. (Laval), LL.D. (Laval).

## **CHARGÉ D'ENSEIGNEMENT**

MÉNARD, Jean-Frédéric, B.A. (Laval), B.C.L./LL.B. (McGill), B.C.L. (Oxford).

REVUE DE DROIT  
DE L'UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Volume 46 numéro 3

2016

**TABLE DES MATIÈRES**

L'arrêt *Jordan*, le management de la justice et le droit  
de la gouvernance : de la conversion des droits en nombres  
à la transformation de la culture juridique..... 451  
*Stéphane Bernatchez*

L'action en concurrence déloyale et les recours indemnitaires  
canadiens en matière de concurrence : quel dialogue en  
droit civil québécois? ..... 507  
*Benjamin Lehaire*

Sur les traces de l'influence musulmane sur l'évolution du  
droit international humanitaire de 1858 à 1977..... 545  
*Jabeur Fathally*

**Note de recherche**

Lorsque le temps est l'ennemi de la justice : les fondements  
et les origines de la prescription extinctive des droits  
personnels ..... 575  
*Frédéric Levesque, François Tremblay et Caroline Lepage*

**Note bibliographique**

*Jalons pour une théorie pragmatique de l'interprétation du  
contrat : du temple de la volonté à la pyramide de sens*..... 609  
*Jérémie Fortin-Legoux*

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** L'arrêt « Jordan », le management de la justice et le droit de la gouvernance : de la conversion des droits en nombres à la transformation de la culture juridique

**Auteur(s) :** Stéphane Bernatchez

**Revue :** *RDUS*, 2016, volume 46, numéro 3

**Pages :** **451-505**

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/13621>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/13621>

*Page vide laissée intentionnellement.*

**L'ARRÊT JORDAN,  
LE MANAGEMENT DE LA JUSTICE  
ET LE DROIT DE LA GOUVERNANCE :  
DE LA CONVERSION DES DROITS EN NOMBRES À  
LA TRANSFORMATION DE LA CULTURE JURIDIQUE**

par Stéphane BERNATCHEZ\*



---

\*. Professeur, Faculté de droit, Université de Sherbrooke; chercheur, Centre de recherche sur la régulation et le droit de la gouvernance (CrRDG). L'auteur remercie ses collègues Louise Lalonde et Geneviève Cartier ainsi que les évaluateurs anonymes pour leurs commentaires pertinents sur des versions précédentes de son article qui en a grandement bénéficié.

\*\*. La caricature parue dans *Le Devoir* du 19 juin 2017 est reproduite ici avec l'autorisation de son auteur, Garnotte, qui a bien voulu permettre à Thémis de voir le temps qui s'écoule. Merci à Monsieur Michel Garneau pour sa collaboration.

Le 8 juillet 2016, la Cour suprême du Canada rendait l'arrêt *R. c. Jordan*, dans lequel elle fixait la durée maximale d'un procès à 18 mois pour les procès criminels instruits devant une cour provinciale et à 30 mois pour ceux qui le sont devant une cour supérieure (ou ceux instruits devant une cour provinciale à l'issue d'une enquête préliminaire). Cet arrêt ayant provoqué une onde de choc sur le système de justice criminelle, il convient d'examiner les fondements d'un tel jugement. Au-delà du droit constitutionnel et du droit criminel, l'arrêt Jordan est un jugement issu du droit de la gouvernance. Dans la perspective de cette transformation récente du droit, l'auteur propose dans son article une double lecture de cet arrêt : soit c'est une conception économique du droit de la gouvernance, fondée sur l'efficacité de la gestion du système judiciaire ; soit il s'agit d'assurer l'effectivité du droit d'être jugé dans un délai raisonnable et de provoquer un changement de culture juridique, au sens de la conception génétique de la gouvernance.

On July 8th, 2016, the Supreme Court of Canada rendered its ruling in the Jordan case, in which the Court determined that the presumptive ceiling is 18 months for criminal cases tried in the provincial court, and 30 months for those in the superior court (or cases tried in the provincial court after a preliminary inquiry). Because this judgment sent a shock wave through the criminal justice system, it is relevant to study this ruling's foundations. Beyond constitutional and criminal law, the Jordan case is also rooted in the law of governance. In light of this recent transformation of the law, the following article offers a twofold interpretation of the Jordan case: this court ruling may represent an economic conception of governance law, based on the efficiency of the judicial system's management; or, the Court's goal may be to ensure the effectivity of the right to be tried within a reasonable time and to generate a legal culture change, within the meaning of the genetic conception of governance

## SOMMAIRE

<b>Introduction</b> .....	453
<b>I. Les conceptions économique et génétique de la gouvernance</b> .....	459
A. De la gouvernance par les nombres à la théorie génétique de la gouvernance .....	461
B. De l'efficacité économique à l'effectivité du droit...	474
<b>II. L'analyse de l'arrêt Jordan</b> .....	481
A. Les juges divisés quant au cadre d'analyse .....	482
B. De la conversion des droits en nombres à la transformation de la culture juridique .....	487
<b>Conclusion</b> .....	502

## Introduction

Selon la classification traditionnelle des domaines du droit, l'arrêt *R. c. Jordan*<sup>1</sup>, relatif à la tenue d'un procès criminel dans un délai raisonnable, relève du droit constitutionnel – plus précisément des droits et libertés constitutionnalisés dans la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>2</sup> – et, bien sûr, du droit pénal et criminel. Une autre compréhension de cette affaire est cependant possible. En effet, l'arrêt *Jordan* s'inscrit dans le droit de la gouvernance, ce phénomène juridique récemment apparu. Il existe, certes, plusieurs acceptions du droit de la gouvernance, et l'arrêt *Jordan* peut être compris comme relevant de différentes conceptions de gouvernance, en ce qu'il fait appel, d'un côté, à la gouvernance par les nombres et à la notion d'efficacité issue de l'analyse économique du droit et, de l'autre, à l'efficacité comme condition d'effectivité du droit dans la perspective de la théorie génétique de la gouvernance qui examine les conditions de possibilité d'un changement de culture juridique. En cela, la gouvernance de la justice vise à assurer à la fois l'effectivité du droit d'être jugé dans un délai raisonnable et, en rendant le système judiciaire plus efficace, à garantir une bonne gouvernance soucieuse de la gestion des fonds publics.

L'arrêt *Jordan* a marqué les consciences en ce qu'il a traduit un droit en nombres, cinq des neuf juges de la Cour suprême du Canada ayant fixé des plafonds pour traduire un inculpé en justice : 18 mois pour les procès instruits devant une cour provinciale et 30 mois pour ceux qui le sont devant une cour supérieure (ou ceux instruits devant une cour provinciale à l'issue d'une enquête préliminaire). En lui-même, le droit conféré par l'alinéa 11 b) de la Charte, qui garantit à un inculpé le droit d'être jugé dans un délai raisonnable, implique évidemment la détermination d'un délai.

- 
1. *R. c. Jordan*, [2016] 1 R.C.S. 631 (ci-après « arrêt *Jordan* »). Le cadre d'analyse établi dans cet arrêt a récemment été confirmé dans l'arrêt *R. c. Cody*, 2017 CSC 31 (ci-après « arrêt *Cody* »).
  2. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B du *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (R.-U.)] (ci-après « Charte »).

Mais, plus encore, ce dont il est question dans l'arrêt *Jordan*, c'est de déterminer un nombre auquel correspond ce droit.

À l'époque de la remoralisation du droit qui a suivi la Seconde Guerre mondiale, l'attention des juristes a principalement porté sur la transformation des droits en valeurs, à telle enseigne d'ailleurs qu'a été exprimée la crainte d'un « travestissement téléologique des droits<sup>3</sup> ». À l'ère de la gouvernance, il semble qu'il faille surtout s'intéresser, du moins selon une conception économique de la gouvernance, au travestissement numérique des droits, c'est-à-dire à la transformation des droits en nombres. Un tel changement heurte de plein fouet l'idée selon laquelle « le droit c'est précisément ce qui ne se compte pas<sup>4</sup> », ce qui peut expliquer en partie l'opinion rédigée par le juge Cromwell ainsi que la réaction de certains juristes depuis que l'arrêt *Jordan* a été rendu. Il faut cependant reconnaître que ce phénomène de quantification, s'il paraît nouveau dans le domaine des droits et libertés, est déjà bien connu et solidement ancré dans certains autres domaines du droit, notamment en matière de sécurité des produits et des aliments. En effet, des normes quantifiées ont fait leur apparition dans des lois canadiennes, des règlements d'application, des lignes directrices et des règles techniques auxquelles renvoient ces normes. En ce sens, l'usage normatif de quantification est un phénomène bien présent dans le droit; la nouveauté se situe donc davantage dans sa manifestation en matière de justice criminelle ainsi que de droits et libertés. L'idée qu'un procès soit gouverné par les mathématiques n'est pas nouvelle<sup>5</sup>.

Si le domaine de l'administration publique subit l'influence de la logique économique et le modèle de la gestion (*management*), ce type de raisonnement paraît s'introduire maintenant dans les

- 
3. Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, p. 280.
  4. Christian ATIAS, *De la difficulté contemporaine à penser le droit. Leçons de philosophie du droit*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2016, p. 59.
  5. Lon TRIBE, « Trial by Mathematics: Precision and Ritual in Legal Process », (1971) 84 *Harvard Law Review* 1329.



jugements juridiques relatifs aux droits et libertés, et ce, en dépit de la prétention à l'autonomie du droit. Le récent arrêt *Jordan* de la Cour suprême contribue de manière importante à ce tournant économique et gestionnaire du jugement juridique, en ce qu'il donne ouverture à pareille interprétation. Alors que certains juristes manifestent des réserves quant à cette « gouvernance par les nombres<sup>6</sup> », il faut cependant se garder de ne concevoir la gouvernance que dans son versant économique. S'il est vrai que la nouvelle rationalité du droit semble aussi fondée sur l'efficacité économique, la gouvernance ne saurait être comprise comme ayant uniquement une telle dimension économique, souvent associée au néolibéralisme et à la mondialisation économique. Une autre signification peut en effet en être dégagée, toujours à partir du droit de la gouvernance. Dans le versant associé à la philosophie politique, l'efficacité participe également à l'exigence d'effectivité du droit, qui, elle-même, s'affirme comme condition de légitimité du droit.

En matière de gestion des instances judiciaires, la gouvernance par les nombres peut prendre la forme d'une quantification en termes de coûts et de délais. Le droit et la justice ne peuvent être pensés sans cette perspective de l'accessibilité, qui est conditionnée notamment par les coûts et les délais, et, incidemment, par l'efficacité des normes. Derrière le recours aux divers modes de règlement des différends, surtout à l'époque où ils étaient encore considérés comme des modes alternatifs de règlement des conflits, l'argument des coûts et des délais s'est souvent avéré la principale justification pour choisir la médiation ou la négociation. Les recherches qui se sont récemment penchées sur les fondements de cette argumentation selon l'analyse économique du droit ont montré les limites d'une telle approche<sup>7</sup>.

---

6. Alain SUPIOT, *La gouvernance par les nombres. Cours au collège de France (2012-2014)*, Paris, Fayard, 2015.

7. Alexandre DESY, *L'efficacité de la médiation judiciaire*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2014.

En se concentrant sur les coûts<sup>8</sup>, le débat sur la numérisation ou la quantification du droit soulève l'enjeu de la marchandisation des droits. Lorsque les droits sont convertis en argent, leur sens en est perverti : ils risquent de devenir des biens consommables avec date de péremption. Même si, en lui-même, le droit attribue une certaine valeur aux biens et aux comportements<sup>9</sup>, le fait de quantifier monétairement cette valeur lui confère un effet commercial. En posant la question de savoir combien les gens seraient prêts à payer pour la nature, la justice, etc., une telle logique cherche à accoler un prix à tout, même à la nature<sup>10</sup>. Ce phénomène de monétarisation, qui s'observe très largement dans d'autres secteurs tels que la santé et l'éducation<sup>11</sup>, transforme la justice en produit de consommation, ce qui soulève la question des limites morales du marché<sup>12</sup>. Dans le domaine des droits et libertés, il arrive bien sûr que, à la suite de certains jugements<sup>13</sup> de la Cour suprême qui traitent de questions budgétaires ou qui ont des incidences financières, les discussions portent précisément sur la compétence d'un tribunal d'ordonner, en vertu de la Charte canadienne, la dépense de fonds publics. En l'espèce, c'est plutôt le pouvoir de la Cour suprême de fixer des délais qui est en cause,

- 
8. Voir notamment Ronald H. COASE, *Le coût du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 2000.
  9. Cass R. SUNSTEIN, « Social Norms and Social Roles », (1996) 96 *Columbia Law Review* 903, p. 964-965.
  10. Isabelle BURGUN, « La nature a-t-elle un prix? », *Le Devoir*, 4 juillet 2017, p. A5. Voir notamment : Jie HE, Jérôme DUPRAS et Thomas G. PODER, « The value of wetlands in Quebec : a comparison between contingent valuation and choice experiment », *Journal of Environmental Economics and Policy*, 6:1, 2017, p. 51.
  11. Stéphane BERNATCHEZ, « Pourquoi résister en démocratie? Un défi pour la philosophie et la théorie du droit – analysé dans le contexte du “printemps érable” », dans Vincente FORTIER et Sébastien LEBEL-GRENIER, *Résister : droit & subversion*, Rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke 2013, Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., 2015, p. 7.
  12. Michael J. SANDEL, *Ce que l'argent ne saurait acheter*, Paris, Seuil, 2014.
  13. Voir notamment : *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] R.C.S. 177; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84.

notamment lorsque, par les plafonds fixés, elle paraît réduire le pouvoir des juges de première instance qui ont à gérer les procès.

Quant aux délais, la question n'est pas celle de la transformation des droits en coûts ou en montants d'argent, mais en temps ou en durée. Bien qu'il existe d'intéressantes réflexions philosophiques et juridiques sur le temps<sup>14</sup> ou sur l'application temporelle du droit avec le droit transitoire<sup>15</sup>, le travestissement temporel des droits tente de saisir le sens de ceux-ci par la formulation d'un « test objectif<sup>16</sup> ».

En effet, lorsqu'il emprunte la logique purement économique de la gouvernance par les nombres, le jugement juridique risque non seulement de travestir le sens des droits en les réduisant à une valeur numérique mais, en recherchant l'efficacité, il privilégie un type de rationalité et une philosophie morale particulière. Cherchant à maximiser l'utilité sociale à la manière des économistes, les juristes fondent le discours juridique sur la philosophie morale utilitariste. Pourtant, une fois encore, l'efficacité peut être appréhendée autrement que dans cet unique sens économique, en ce qu'elle contribue également aux autres vecteurs de la gouvernance, soit les exigences de légitimité démocratique et d'effectivité du droit.

Alors que certains cas d'arrêt des procédures et de remise en liberté dans les suites de l'arrêt *Jordan* ont fait couler beaucoup

- 
14. François OST, *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999; Pierre-André CÔTÉ et Jacques FRÉMONT (dir.), *Le temps et le droit*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996.
  15. Paul ROUBIER, *Le droit transitoire (conflit des lois dans le temps)*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz et Sirey, 1960; Jacques HÉRON, « Étude structurale de l'application de la loi dans le temps », (1985) 84 *R.T.D.Civ.* 277; Pierre-André CÔTÉ, avec la collab. de Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT, *L'interprétation des lois*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009.
  16. Sur les tests « objectifs » en matière de droits et libertés, voir notamment Marc GOLD, « La rhétorique des droits constitutionnels », (1988) 22 *R.J.T.* 18.

d'encre<sup>17</sup>, l'analyse proposée ici cherche à comprendre les fondements du raisonnement juridique adopté dans ce cas par la Cour suprême. Il s'agit, en somme, de montrer que ce jugement s'inscrit dans un nouveau paradigme juridique<sup>18</sup>, le droit de la gouvernance, davantage préoccupé par l'efficacité, la légitimité et l'effectivité du droit. Dans la dimension économique de la gouvernance, les logiques des sciences de l'économie et de la gestion tendent à s'implanter dans les institutions publiques et à supplanter le raisonnement juridique plus traditionnel fondé sur la loi et le règlement. Dans sa dimension politique, le souci d'efficacité des normes cherche à les rendre plus effectives, de manière à assurer au droit une plus grande légitimité démocratique. C'est ce tiraillement entre les deux volets de la gouvernance qui est à l'œuvre dans l'arrêt *Jordan*, comme en témoignent les opinions exprimées par les juges de la Cour suprême. Deux visions du droit de la gouvernance s'y rencontrent et s'affrontent : pour certains juges, l'efficacité est convoquée au bénéfice de l'effectivité du droit d'être jugé dans un délai raisonnable, alors que d'autres n'y voient là que la résultante d'une logique économique de gouvernance par les nombres. L'arrêt *Jordan* illustre donc l'opposition entre deux conceptions du droit de la gouvernance.

Dans la première partie de l'article, il s'agit d'abord de présenter les différentes conceptions de la gouvernance qui sont

- 
17. Améli PINEDA, « Un an après l'arrêt Jordan : les procès criminels prennent de la vitesse. Les délais en droit familial en paient cependant le prix », *Le Devoir*, 5 juillet 2017, p. A1 et A8. Au premier anniversaire de l'arrêt *Jordan*, 1 766 requêtes en arrêt des actes de procédure pour délais déraisonnables ont été déposées; 204 ont été accueillies favorablement (plusieurs ont été portées en appel); 333 ont été rejetées : voir *La Presse canadienne*, « D'autres causes abandonnées en vertu de l'arrêt Jordan » citée dans Améli PINEDA, « Le symbole de l'échec du système judiciaire. Thanabalasingham a été expulsé en dépit de la demande d'appel du DPCP », *Le Devoir*, 7 juillet 2017, p. A3.
18. Jacques CHEVALLIER, « La gouvernance, un nouveau paradigme étatique? », *Revue française d'administration publique*, n° 105-106, n° 1, 2003, p. 203 : « la substitution aux techniques classiques de "gouvernement" des méthodes nouvelles de "gouvernance" serait indissociable d'un ébranlement plus profond d'un modèle étatique, emblématique de la modernité ».

implicitement ou explicitement mobilisées par les juges (A.) ainsi que les notions d'efficacité et d'effectivité qui leur correspondent (B.). Dans la seconde partie, il s'agit de présenter d'abord les différentes opinions émises par les juges quant au cadre d'analyse (A.), puis de montrer les usages qui sont faits du droit de la gouvernance (B.).

## **I. Les conceptions économique et génétique de la gouvernance**

Comme l'a montré le professeur Daniel Mockle<sup>19</sup>, les sciences de la gestion ont envahi le champ de l'administration publique, les autorités étatiques fonctionnant de plus en plus selon des critères d'efficacité, de rendement et de performance. Les instruments de gestion échappent toujours plus aux catégories traditionnelles du droit et prennent diverses formes : politiques, directives, circulaires, instructions, guides, manuels, plans d'action, plans stratégiques, principes directeurs, directives, lignes directrices, mémorandums, orientations, etc. Cette mutation des normes et les nouveaux modes de régulation qui en découlent ont soulevé la crainte d'un régime où l'on pourrait gouverner sans le droit<sup>20</sup>. Certains travaux<sup>21</sup> ont tenté de répondre à ces inquiétudes soulevées par le non-droit ou le droit souple, en proposant notamment de reconceptualiser les critères juridiques de manière à concevoir la normativité juridique en termes de gradation.

La logique du management a également influé sur la gestion des instances, et ce, tant dans les tribunaux administratifs que

---

19. Voir notamment Daniel MOCKLE, « Politiques, directives et instruments de gestion », *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit public », *Droit administratif*, fasc. 5, Montréal, LexisNexis Canada, 2016 (Lad/QL).

20. Daniel MOCKLE, « Gouverner sans le droit? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation », (2002) 43 *C. de D.* 143.

21. Voir notamment ASSOCIATION HENRI-CAPITANT, *Le droit souple*, Journées nationales, t. XIII, Boulogne-sur-Mer/Paris, Dalloz, 2009; CONSEIL d'ÉTAT, *Le droit souple – Étude annuelle 2013*, Paris, La Documentation française, 2013.

judiciaires<sup>22</sup>. Ainsi, les tribunaux établissent des plans stratégiques, qui fixent des orientations, des axes d'intervention, des objectifs, le tout s'évaluant à partir d'indicateurs précis et de cibles quantifiées. La Cour suprême n'échappe pas à cette tendance, comme le montre son rapport annuel sur les plans et les priorités qui établit, sur la base de l'analyse des programmes par résultat stratégique, que l'administration du tribunal de dernier ressort du Canada s'avère efficace et indépendante. Selon l'analyse proposée ci-dessous, cette logique fondée sur la quantification des résultats et sur l'efficacité est présente dans la décision de la Cour suprême concernant l'arrêt *Jordan*.

Dans la première partie de l'article, il convient d'examiner, d'une part, la manière dont le gouvernement par les lois fait progressivement place à la gouvernance par les nombres et de préciser, d'autre part, que cette conception de la gouvernance n'est pas la seule, la théorie génétique proposant un modèle qui insiste sur la transformation des acteurs et des processus (A.). Puis il s'agira de voir que la même dualité s'observe dans le recours à l'efficacité : alors que dans le modèle génétique l'efficacité sert à assurer l'effectivité du droit, dans le modèle où l'efficacité devient l'unité de mesure de la légitimité, parfois en remplacement de la démocratie qui en était la valeur établie par la modernité politico-juridique<sup>23</sup>, la théorie économique du droit tend à s'imposer comme cadre d'analyse, ce qui soulève certaines interrogations quant à l'adéquation de cette approche pour comprendre les enjeux juridiques contemporains relatifs aux droits et libertés (B.).

---

22. Daniel MOCKLE, « Le Tribunal administratif du Québec et la nouvelle gestion publique », (2013) 26 *C.J.A.L.P.* 227; Daniel MOCKLE, « La justice, l'efficacité et l'imputabilité », (2013) 54 *Les Cahiers de Droit* 613.

23. Franck TINLAND, « Hobbes, Spinoza, Rousseau et la formation de l'idée de démocratie comme mesure de la légitimité du pouvoir politique », *Revue philosophique*, vol. 2, 1985, p. 195.

**A. De la gouvernance par les nombres à la théorie génétique de la gouvernance**

La gouvernance par les nombres se fonde à la fois sur l'économisme et la gestion. Il convient d'abord de distinguer l'économie et l'économisme : « l'économie est une science dont le pouvoir explicatif permet de comprendre nos sociétés, mais l'économisme qui en est dérivé est une forme de scientisme sur laquelle nos gouvernements et les décideurs dans leur ensemble ne sauraient légitimement s'appuyer pour gouverner nos communautés<sup>24</sup> ». Selon ce glissement vers l'économisme, il est question de faire « une interprétation et une explication des phénomènes sociaux s'appuyant sur la méthodologie économique, explication qu'on fait ensuite fonctionner comme une légitimation morale des choix, puisque cette dernière serait aussi présente dans le discours économique<sup>25</sup> ». En l'espèce, il s'agit moins de fonder une légitimation morale des choix qu'une légitimation juridique, évidemment. Cependant, il faut, dans l'un et l'autre cas, faire usage d'une méthodologie économique pour interpréter, expliquer et peut-être même justifier certains phénomènes sociaux.

C'est ainsi que les tenants de cette approche ont fait de l'économie une science pouvant fonder les meilleurs choix sociaux<sup>26</sup>, puis juridiques<sup>27</sup>, qu'ils ont cherché les moyens les plus optimaux ou efficaces à cet égard et qu'ils ont appliqué leurs méthodes à plusieurs situations, dont les choix familiaux, au point d'en gagner parfois le prix Nobel d'économie<sup>28</sup>. Chez les économistes mêmes, ce tournant scientifique de l'économie, au profit de l'économisme, a été critiqué, notamment en raison de l'insuffisante

---

24. André LACROIX, *Critique de la raison économiste. L'économie n'est pas une science morale*, Montréal, Liber, 2009, p. 14.

25. *Id.*, p. 21.

26. C'est ainsi qu'Adam SMITH a pu écrire *La richesse des nations*, Londres, W. Strahan and T. Cadell, 1776 et la *Théorie des sentiments moraux*, Glasgow, The Glasgow Edition, 1759.

27. Richard A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston, Little Brown, 1972.

28. Notamment Gary Stanley Becker en 1992.

dimension morale des sciences économiques<sup>29</sup>. La critique a également porté sur le postulat de l'acteur rationnel proposé notamment par l'école du *Public Choice*, cet *homo œconomicus* qui peut être ainsi défini :

La rationalité économique [...] conçoit l'homme, dans sa version standard, comme un agent maximisant son utilité (ou la satisfaction de ses préférences) sous contrainte(s). Les agents sont ainsi supposés disposer de préférence (quelles qu'elles soient) ordonnées de façon rationnelles. Face à un choix, on considère ainsi que l'individu est capable de comparer l'ensemble des options qui s'offrent à lui afin de construire une relation de préférence à la fois complète (dire qu'il préfère ou qu'il est indifférent quelles que soient les options en balance), transitive (s'il préfère A à B et B à C, il doit préférer A à C) et réflexive (A est au moins autant préféré que A)<sup>30</sup>.

Dans cet esprit, la théorie économique du droit a recours à plusieurs critères et formules pour mener ses analyses : le théorème de Coase<sup>31</sup>, la formule Hand<sup>32</sup>, la loi de Pareto<sup>33</sup>, le critère d'efficacité de Kaldor-Hicks<sup>34</sup>, l'analyse des coûts et des bénéfices<sup>35</sup>, la théorie des jeux (notamment avec l'équilibre de Nash<sup>36</sup>), la théorie

- 
- 29. Amartya SEN, *L'économie est une science morale*, Paris, La Découverte, 1999.
  - 30. Régis LANNEAU, « L'analyse économique du droit constitutionnel », (2017) 78 *R.I.E.J.* 67, p. 77-78.
  - 31. Ronald H. COASE, « The Problem of Social Cost », (1960) 3 *Journal of Law and Economics* 1.
  - 32. *United States v. Carroll Towing*, 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947) (j. Learned Hand).
  - 33. Voir notamment Vilfredo PARETO, *Manuel d'économie politique*, Genève, Droz, 1981.
  - 34. John HICKS, « The Foundations of Welfare Economics », *Economic Journal*, vol. 49, 1939, p. 696; Nicholas KALDOR, « Welfare Propositions in Economics and Interpersonal Comparisons of Utility », *Economic Journal*, vol. 49, 1939, p. 549.
  - 35. R. ZERBE, *Efficiency in Law and Economics*, Northampton, Edward Elgar Pub, 2001.
  - 36. John F. NASH, « Equilibrium Points in N-Person Games », *Proceedings of the National Academy of Sciences*, vol. 36, 1950, p. 48.



de l'agence<sup>37</sup>, etc. Même John Rawls, dans la version initiale de son ouvrage intitulé *Théorie de la justice*, paru en 1971, a cru pertinent de situer sa philosophie politique dans ce courant qui paraissait tellement dominant à l'époque<sup>38</sup> : il y explique en effet que la conception de la rationalité qu'il retient « relie la théorie de la justice à la théorie de l'acteur rationnel<sup>39</sup> ». La théorie des choix rationnels a tenté d'élaborer un « critère de choix ayant un statut épistémologique rappelant celui de l'impératif catégorique kantien<sup>40</sup> ».

Le choix d'embrasser l'univers de la réflexion normative dans un cadre scientifique, pour reprendre les mots d'André Lacroix qui a élaboré une critique de cette raison économiste, donne lieu à une conséquence importante : « la sphère publique est désormais instrumentalisée par l'économisme, qui se fait une conception de la politique et du vivre ensemble très éloignée de la discussion et de la recherche de valeurs communes permettant d'augmenter le bien-être collectif<sup>41</sup> ». Cela montre, une fois encore, la distinction entre les conceptions économique et politique de la gouvernance. Pour le dire autrement, toujours avec Lacroix, « l'espace politique a ainsi peu à peu évacué les débats sociaux au seul profit de l'efficacité technico-économique, au seul profit d'une rationalité économiste<sup>42</sup> ». Le constat est sans doute plus nuancé dans l'espace juridique, mais les avancées de la logique économiste sont sans équivoque, comme en témoignent les travaux de plus en plus nombreux qui empruntent à l'analyse économique du droit.

Les principes et les mécanismes de la nouvelle gestion publique (*New Public Management*) ont commencé à influencer sur l'administration étatique au début des années 1990<sup>43</sup>. Cette

---

37. Michael C. JENSEN et William H. MECKLING, « Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure », *Journal of Financial Economics*, vol. 3, 1976, p. 308.

38. John RAWLS, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1987, p. 40.

39. *Id.*, p. 41.

40. A. LACROIX, préc., note 24, p. 49.

41. *Id.*, p. 152.

42. *Id.*, p. 160.

43. D. MOCKLE, préc., note 19.

nouvelle gestion publique mène depuis à l'adoption de rapports sur le rendement, de rapports sur les plans et les priorités, de déclarations de services aux citoyens, ainsi qu'à l'élaboration de plans stratégiques, de plans d'action. Au Québec, la *Loi sur l'administration publique*<sup>44</sup> prévoit ceci à son article 8 : « Chaque ministère et organisme doit établir un plan stratégique couvrant une période de plus d'une année. » L'article 9 établit qu'un plan stratégique doit comporter les éléments suivants :

- 1° une description de la mission du ministère ou de l'organisme;
- 2° le contexte dans lequel évolue le ministère ou l'organisme et les principaux enjeux auxquels il fait face;
- 3° les orientations stratégiques, les objectifs et les axes d'intervention retenus;
- 4° les résultats visés au terme de la période couverte par le plan;
- 5° les indicateurs de performance utilisés pour mesurer l'atteinte des résultats;
- 6° tout autre élément déterminé par le Conseil du trésor.

C'est cette idée de la gestion par résultats, établie en fonction d'orientations stratégiques, d'objectifs et d'axes d'intervention, évalués selon des indicateurs de performance, qui illustre la logique économiste sous-tendant la gouvernance par les nombres. Voici ce qu'écrit Daniel Mockle :

Par rapport à d'autres mécanismes plus connus qui servent à élaborer des règles, ces procédés se démarquent par leur caractère prospectif (orienté vers l'avenir) et par l'introduction de la planification fondée sur un ensemble d'éléments (enjeux, buts, objectifs, rendements, résultats). Ils reflètent l'apparition de nouveaux principes (efficacité, efficience, économie, responsabilité, imputabilité, transparence) qui impliquent une rationalisation accrue de l'action administrative et gouvernementale par le recours à des indicateurs précis<sup>45</sup>.

---

44. *Loi sur l'administration publique*, RLRQ, c. A-6.01.

45. D. MOCKLE, préc., note 19.

Alors que les juristes se sont presque exclusivement intéressés aux décisions rendues par les tribunaux, voilà qu'ils pourraient désormais devoir aussi prêter attention aux autres documents produits par chaque tribunal. C'est ainsi par exemple, qu'outre ses célèbres arrêts, la Cour suprême a adopté des orientations stratégiques et qu'elle publie, par l'entremise de son registraire, divers types de rapports : documents de planification, rapports sur les plans et les priorités, sur le rendement, sur la transparence, états et rapports financiers, états des résultats prospectifs, étude sur la satisfaction de la clientèle<sup>46</sup>. Quant à la Cour fédérale, celle-ci a adopté un plan stratégique quinquennal (2014-2019)<sup>47</sup>. De la même manière, les tribunaux provinciaux publient leurs rapports d'activités dans lesquels ils fournissent des statistiques relativement aux délais de gestion d'instance. La justice administrative subit encore davantage l'influence de cette approche, les tribunaux administratifs étant soumis à la nouvelle gestion publique imposée depuis 2000 par la *Loi sur l'administration publique*<sup>48</sup>. À titre d'exemple, le Tribunal administratif du Québec possède son plan stratégique définissant les orientations, les axes d'intervention, les objectifs, les indicateurs et les cibles numériques dans lesquelles culminent les critères et les variables<sup>49</sup>. Un organisme administratif comme le Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec énonce également des directives, des lignes directrices, des politiques et un plan stratégique<sup>50</sup>.

---

46. COUR SUPREME DU CANADA, *Bureau du registraire de la CSC*, [En ligne] [[www.scc-csc.ca/about-apropos/orscc-brcsc/index-fra.aspx](http://www.scc-csc.ca/about-apropos/orscc-brcsc/index-fra.aspx)] (15 septembre 2017).

47. COUR FEDERALE, *Plan stratégique 2014-2019*, [En ligne] [[cas-cdc-ww02.cas-satj.gc.ca/rss/Strategic%20Plan%20\(FINAL%20for%20posting%20with%20COA%20and%20accessibility\)%20francais.pdf](http://cas-cdc-ww02.cas-satj.gc.ca/rss/Strategic%20Plan%20(FINAL%20for%20posting%20with%20COA%20and%20accessibility)%20francais.pdf)] (15 septembre 2017).

48. *Loi sur l'administration publique*, préc., note 44.

49. TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU QUEBEC, *Plan stratégique 2013-2017*, [En ligne] [[www.taq.gouv.qc.ca/documents/file/PS%202013-2017\\_2013-04-22.pdf](http://www.taq.gouv.qc.ca/documents/file/PS%202013-2017_2013-04-22.pdf)] (15 septembre 2017).

50. DIRECTEUR DES POURSUITES CRIMINELLES ET PENALES, *Directives du Directeur*, [En ligne] [[www.dpcp.gouv.qc.ca/documentation/directives-directeurs.aspx](http://www.dpcp.gouv.qc.ca/documentation/directives-directeurs.aspx)] (15 septembre 2017).

Ce sont là des manifestations très représentatives de cette tendance à gouverner par les standards et les indicateurs, où des normes techniques sont associées à des normes de gestion<sup>51</sup>. En Europe, le management de la justice fait l'objet d'études depuis quelques années déjà, les pratiques d'évaluation et de contrôle avec des indicateurs de productivité chiffrés semblant y être bien implantées à l'aide des nouvelles technologies et de logiciels<sup>52</sup>. Les juristes interrogent la rationalisation économique de la justice, avec ses objectifs d'efficacité, de performance et de qualité imposés par « l'impérialisme des chiffres<sup>53</sup> ». L'introduction de ce qui pourrait ressembler à un cheval de Troie managérial dans le système judiciaire doit se faire dans le respect de certains principes fondamentaux d'organisation judiciaire<sup>54</sup> :

- l'indépendance du pouvoir judiciaire à l'égard des autres pouvoirs, ce qui milite en faveur d'un automanagement;
- l'indépendance du juge : par exemple, l'évaluation du juge ne doit pas dépendre du pourcentage de ses jugements confirmés en appel;
- la légalité de la procédure : « La justice doit être rendue au terme d'une procédure fixée par la loi et non pas, même pour des raisons d'efficacité, sur la base d'impératifs de gestion interne<sup>55</sup> »;

---

51. Benoît FRYDMAN et Arnaud VAN WAEYENBERGE, *Gouverner par les standards et les indicateurs. De Hume aux rankings*, Bruxelles, Bruylant, 2013; Kevin DAVIS, Angelina FISHER, Benedict KINGSBURY et Sally ENGLE MERRY (dir.), *Governance by Indicators. Global Power through Quantification and Rankings*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

52. Voir notamment les textes publiés dans les deux ouvrages collectifs suivants : Benoît FRYDMAN et Emmanuel JEULAND (dir.), *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, Paris, Dalloz, 2011; Thierry MARCHANDISE (dir.), *Quel management pour quelle justice?*, Bruxelles, Larcier, 2013.

53. Paul MARTENS, « Préface », dans B. FRYDMAN et E. JEULAND (dir.), préc., note 52, p. 1-3.

54. Benoît FRYDMAN, « Concilier le management avec les valeurs du judiciaire », dans T. MARCHANDISE (dir.), préc., note 52, p. 81.

55. *Id.*, p. 85.

- l'équité du procès : par exemple, l'obsession du « chiffre » et de la standardisation ne doit pas porter ombrage au principe *audi alteram partem*<sup>56</sup>.

À l'encontre de l'assujettissement de la justice au modèle du marché<sup>57</sup>, ou de la tendance à la « gestionnarisation de la justice<sup>58</sup> », il s'en trouve même pour mettre en garde contre une justice trop expéditive, au motif que « la lenteur de la justice est une qualité et non un défaut » :

Une justice rapide n'est pas juste; elle est expéditive, sommaire, « bâclée ». Il faut se souvenir, au moment où la logique managériale cherche à pénétrer la sphère judiciaire, que la justice s'est construite contre le lynchage qui obéit, lui, aux règles de l'unité du temps, de lieu et d'action : l'accusé est immédiatement dit coupable et pendu sur le lieu où il a commis son méfait! Au contraire, la justice introduit de la distance et du temps, c'est-à-dire, la temporalité longue de la réflexion dans une société prise dans le tourbillon de l'émotion<sup>59</sup>.

Dans la gouvernance administrative, l'efficacité de ces nouvelles normes<sup>60</sup> est évaluée en fonction des objectifs<sup>61</sup> et de leur qualité<sup>62</sup>. Plus encore, cette efficacité devient une condition de

---

56. *Id.*, p. 86.

57. Éric ALT, « La justice au défi du nouveau management », dans T. MARCHANDISE (dir.), préc., note 52, p. 89-95.

58. Jérôme DUVAL HAMEL, « La “gestionnarisation” de la justice », dans B. FRYDMAN et E. JEULAND (dir.), préc., note 52, p. 131.

59. Dominique ROUSSEAU, « Exigences constitutionnelles de l'indépendance de la justice et exigences managériales », dans B. FRYDMAN et E. JEULAND (dir.), préc., note 52, p. 57, à la p. 62.

60. Peter HAMMJE, Laetitia JANICOT et Sophie NADAL, *L'efficacité de l'acte normatif. Nouvelle norme, nouvelles normativités*, Cergy-Pontoise, Université de Cergy-Pontoise / LEJEP, 2013.

61. Bertrand FAURE (dir.), *Les objectifs dans le droit*, Paris, Dalloz, 2010. Voir GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *La réglementation par objectifs, Propositions du Groupe de travail Justice – Secrétariat à l'allègement réglementaire*, Québec, Conseil exécutif, juin 2001.

62. Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Laurence GAY et Joseph PINI (dir.), *Autour de la qualité des normes*, Bruxelles, Bruylant, 2010; Evelyne BONIS et

possibilité de la légitimité<sup>63</sup>. Le jugement fait alors place à ce que Christian Atias appelle, « faute de mieux “une évaluation” qui peut être de grandeur, de quantité, de durée, etc.<sup>64</sup> ». Même si la fonction judiciaire amène souvent le juge à évaluer (ou ne devrait-on pas plutôt dire à apprécier?) des éléments de preuve ou la crédibilité des témoins, ce type d'évaluation chiffrée peut heurter la représentation traditionnelle du jugement juridique qui rapproche davantage ce dernier de la prudence aristotélicienne (*phronesis*) que de la science, car « le droit en lui-même n'évalue pas, il apprécie<sup>65</sup> » : « les questions que nous posons en droit sont essentiellement des questions de convenance, et ce qui convient, ou la convenance de ce qui convient, évidemment, ne se mesure pas avec des chiffres<sup>66</sup> ».

Cette tendance s'observe également en droit constitutionnel. C'est ainsi, par exemple, que le test de la limitation des droits, énoncé au départ dans l'arrêt *R. c. Oakes*<sup>67</sup>, peut prendre la forme d'une évaluation de la rationalité des moyens<sup>68</sup> ou d'une balance des inconvénients<sup>69</sup>. Suivant la critique du professeur Atias, l'évaluation se substitue, dès lors, à l'appréciation.

---

Valérie MALABAT, *La qualité de la norme. L'élaboration de la norme*, Paris, mare & martin, 2016.

63. Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Laurence GAY et Ariane VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité*, Bruxelles, Bruylant, 2012; Daniel MOCKLE, « La justice, l'efficacité et l'imputabilité », préc., note 22; Pierre ISSALYS, « Analyse d'impact et production normative : de l'efficacité à la légitimité », (2013) *Rev. Fac. Direito UFMG* 245.

64. Christian ATIAS, *De la difficulté contemporaine à penser le droit. Leçons de philosophie du droit*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2016, p. 60.

65. *Id.*

66. *Id.*, p. 61.

67. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

68. Sur le « contrôle instrumental de la constitutionnalité », voir : Stéphane BERNATCHEZ, « La procéduralisation contextuelle et systémique du contrôle de constitutionnalité à la lumière de l'affaire Sauvé », (2006) 20 *Revue nationale de droit constitutionnel/National Journal of Constitutional Law* 73; Luc B. TREMBLAY, « La justification des restrictions aux droits constitutionnels : la théorie du fondement rationnel », (1999) 44 *R.D. McGill* 39.

69. Stéphane BERNATCHEZ, « Accommodements raisonnables et gouvernance : le rôle du juge, au-delà de l'interprétation et de la création du droit à

À cette évolution de la raison juridique correspond une conception de la gouvernance, soit la gouvernance par les nombres, où le calcul occupe « la place jadis dévolue à la Loi comme référence normative<sup>70</sup> ». Selon cette acception de la gouvernance, avec la mondialisation, le droit devient un instrument; quant à la loi, elle « devient elle-même un objet de calcul<sup>71</sup> » :

Le renversement du règne de la loi au profit de la gouvernance par les nombres s'inscrit dans l'histoire longue du rêve de l'harmonie par le calcul, dont le dernier avatar – la révolution numérique – domine l'imaginaire contemporain. Cet imaginaire cybernétique conduit à penser la normativité non plus en termes de législation mais en termes de programmation<sup>72</sup>.

Dans cette optique de la programmation décrite par Alain Supiot, les juristes s'interrogent sur la nécessité de reformater la norme juridique<sup>73</sup>. L'image est ici celle de la machine :

La comparaison entre le droit et la machine renvoie d'abord à l'hypothèse d'un système juridique comportant des rouages ajustés avec précision et une structure parfaitement opérationnelle. La machine serait alors quelque chose s'apparentant au mécanisme d'une horloge dont la régularité garantit une forme de sécurité juridique<sup>74</sup>.

---

l'égalité », dans Christian BRUNELLE et Patrick A. MOLINARI (dir.), *Accommodements raisonnables et rôle de l'État : un défi démocratique*, Québec, Congrès de l'Institut canadien d'administration de la justice, 2009, p. 371; Luc B. TREMBLAY, « Le principe de proportionnalité dans une société démocratique égalitaire, pluraliste et multiculturelle », (2012) 57 *R.D. McGill* 429.

70. A. SUPIOT, préc., note 6, p.15.

71. *Id.*, p. 23.

72. *Id.*

73. Louise LALONDE et Stéphane BERNATCHEZ (dir.), avec la collaboration de Georges AZZARIA, *La norme juridique « reformatée ». Perspectives québécoises des notions de force normative et de sources revisitées*, Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., 2016.

74. Georges AZZARIA, « L'empirisme intuitif de la Cour suprême du Canada », dans Pierre-Emmanuel MOYSE et Vincent GAUTRAIS (dir.), *Droit + Machine*, Montréal, Éditions Thémis, 2017, p. 1-3.

La quête de la machine à gouverner s'exprimait déjà dès la fin du Moyen Âge et la Renaissance, à travers la dimension temporelle, par l'horloge représentant le Dieu-horloger, ainsi que le montre la présence d'horloges astronomiques dans le chœur des cathédrales, comme à Strasbourg<sup>75</sup>. Au cours des dernières décennies, « le modèle physico-mécanique de l'horloge, qui avait partie liée avec l'idée de règne de la loi, a été supplanté par le modèle cybernétique de l'ordinateur<sup>76</sup> ». À telle enseigne d'ailleurs que, sur cette base informatique, la régulation technique mène à la justice prédictive et à la gouvernance algorithmique :

Ces algorithmes, définis par un ensemble d'instructions informatiques, effectuent des inférences dans le but de comprendre, d'expliquer ou même d'anticiper les comportements des individus [...] On parle alors de « gouvernance algorithmique » : une nouvelle forme de gouvernementalité qui n'essaie pas de réguler les individus par l'intermédiaire d'un régime établi de règles et de contraintes, mais plutôt par un système de règles fluides et dynamiques, qui agissent sur les individus par anticipation, et qui en façonnent les comportements en s'appuyant sur une nouvelle typologie de « normes algorithmiques » floues et de légitimité incertaine, issues des analyses statistiques, des inférences et des prédictions tirées de ces grandes masses de données<sup>77</sup>.

Les algorithmes deviennent, dès lors, une technique de gestion, comme ils servent à recommander des produits ou des solutions, par exemple à l'occasion d'achats en ligne :

Au-delà des systèmes de recommandation, les algorithmes servent aussi à assister les fonctions des administrations publiques (*p. ex.* par le biais d'analyses statistiques pour la lutte contre les fraudes fiscales), ou pour optimiser la gestion des ressources au sein de villes (*smart cities*), *p. ex.*

---

75. Voir l'explication d'A. SUPIOT, préc., note 6, p. 37-39.

76. *Id.*, p. 43.

77. Primavera DE FILIPPI, « Repenser le droit à l'ère numérique : entre la régulation technique et la gouvernance algorithmique », dans P.-E. MOYSE et V. GAUTRAIS (dir.), préc., note 74, p. 53-64.



pour réduire le trafic, organiser les trajectoires des transports publics ou le déploiement des patrouilles de police<sup>78</sup>.

Que la question du temps soit au cœur du débat actuel sur la gouvernance par les nombres, par le truchement du droit d'être jugé dans un délai raisonnable, n'est que la continuation de ce vieux rêve du temps des cathédrales, poursuivi aujourd'hui dans le programme de la nouvelle gestion publique. Les principes de l'économie et de la gestion (*management*) ravivent les illusions modernes de la raison scientifique et de l'idéal du calcul. Pour montrer cette interrogation moderne, il suffit de rappeler ici le début du *Dialogue entre un philosophe et un légiste des common laws d'Angleterre*, rédigé par Thomas Hobbes en 1681, alors que la rationalité du droit y est discutée :

**Le légiste :** Qu'est-ce qui vous fait dire que l'étude du droit est moins rationnelle que l'étude des mathématiques?

**Le philosophe :** Je ne dis pas cela car toute étude est rationnelle ou ne vaut rien, mais je dis que les grands maîtres de mathématiques ne font pas aussi souvent des erreurs que les spécialistes du droit.

**Le légiste :** Si vous aviez appliqué votre raison au droit, peut-être auriez-vous été d'un autre avis.

Selon la thèse de Supiot, la gouvernance ne serait que l'avatar contemporain du gouvernement<sup>79</sup>, tout comme le mouvement de procéduralisation du droit ne serait qu'un « avatar du paradigme du marché<sup>80</sup> ». C'est ainsi que Supiot écrit que « le propre de la gouvernance est en effet de reposer non pas sur la légitimité d'une loi qui doit être obéie, mais sur la capacité commune à tous les êtres humains d'adapter leur comportement aux modifications de leur environnement pour perdurer dans leur

---

78. *Id.*, p. 53-75.

79. A. SUPIOT, préc., note 6, p. 12.

80. Alain SUPIOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Seuil, 2005, p. 131.

être<sup>81</sup> ». De même, il considère que la gouvernance « congédie le vocabulaire de la démocratie politique au profit de celui de la gestion<sup>82</sup> ». En plus des limites épistémologiques de ce modèle<sup>83</sup>, cette conception du droit et de la gouvernance fait l'impasse sur l'autre volet de la théorie de la gouvernance. C'est pourquoi Supiot en appelle au final, en remplacement de la gouvernance en quelque sorte, à la restauration du principe de démocratie et au sens de la solidarité<sup>84</sup>. Cependant, outre l'exigence d'efficacité issue de la théorie économique, la gouvernance possède un autre fondement, dans la philosophie politique, qui formule une exigence de légitimité. Les deux fondements de la gouvernance vont de pair.

Bien qu'il soit possible de considérer « qu'il y a dans la diffusion de la gouvernance par les nombres des atteintes et des restrictions à la pratique démocratique, voire l'instauration d'un régime d'a-démocratie<sup>85</sup> », cela ne saurait suffire pour condamner la gouvernance – car cette dernière n'est pas constituée uniquement de l'exigence d'efficacité de l'approche économique de la régulation : elle implique aussi l'exigence de légitimité démocratique de la philosophie politique<sup>86</sup>. Le droit de la gouvernance est parfois compris dans cette volonté politique d'établir un « contrôle démocratique de certains phénomènes normatifs<sup>87</sup> ». Il existe donc une autre conception de la gouvernance, qui allie économie et politique, efficacité et légitimité. Comme il sera montré plus loin, ce sont ces deux conceptions de la gouvernance qui se rencontrent, sinon s'affrontent dans l'arrêt *Jordan*, au sein même des juges de la Cour suprême.

---

81. A. SUPIOT, préc., note 6, p. 45.

82. *Id.*, p. 47.

83. Jacques LENOBLE, « Le droit selon le modèle de la loi de la loi : les limites de la théorie de la reconnaissance de Honneth et de l'interprétation anthropologique du droit de Supiot », (2014) 44 R.D.U.S. 233.

84. A. SUPIOT, préc., note 6, p. 415-416.

85. Robert SALAIS, « Gouvernance, quantification et droit », *Revue française de socio-économie*, vol. 17, 2016, p. 185, p. 190.

86. Jacques LENOBLE et Marc MAESSCHALCK, *L'action des normes. Éléments pour une théorie de la gouvernance*, Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., 2009.

87. Valérie LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 351.

Dans leurs travaux, Jacques Lenoble et Marc Maesschalck ont bien montré que la gouvernance trouvait également ses origines dans la philosophie politique, avec le passage de la démocratie représentative à la démocratie participative et délibérative<sup>88</sup>. À défaut de considérer cette autre source de la gouvernance, il n'est pas possible de comprendre ni l'émergence de cette dernière, ni son fonctionnement. La théorie génétique de la gouvernance, qui sera abordée plus loin (dans la section II.B), s'appuie sur les travaux récents en théorie du droit et en théorie de la gouvernance<sup>89</sup>. Afin de montrer dès à présent la manière dont cette conception du droit et de la gouvernance diffère de la version économique, il convient d'en présenter ici les grandes lignes<sup>90</sup>. D'une part, la théorie génétique du droit tente de dépasser les théories qui ont cherché à résoudre le problème du concept de droit en n'insistant que sur l'action des autorités officielles. En mettant en avant l'importance du jugement d'application, la théorie génétique propose une reformulation pragmatique de la règle de reconnaissance, où les effets des normes s'appuient sur les usages qu'en feront les destinataires finaux, c'est-à-dire les citoyens ou les justiciables. D'autre part, pour penser cette application du droit, Jacques Lenoble et Marc Maesschalck mobilisent la théorie de la gouvernance, à la fois dans sa version expérimentaliste, avec Charles Sabel et Michael Dorf, et dans sa branche réflexive, avec Donald Schön. Si l'une et l'autre ont bien montré que la mise en œuvre et l'application d'une norme exigent un apprentissage de la part des acteurs visés, elles n'ont toutefois pas suffisamment prêté attention aux blocages qui empêcheront cet apprentissage et la transformation des comportements et des identités d'action. Cela exige, selon la théorie génétique de la gouvernance, de mettre en place des dispositifs de vigilance qui permettront de repérer ces éventuels blocages, de manière que les acteurs puissent se réapproprier le processus institué afin de reformuler leur point de

---

88. J. LENOBLE et M. MAESSCHALCK, préc., note 86.

89. Jacques LENOBLE et Marc MAESSCHALCK, *Démocratie, droit et gouvernance*, Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., 2011. Voir également la présentation qu'en fait Olivier VAN DER NOOT, « La théorie génétique du droit et de la gouvernance. Présentation, défense et illustration », (2014) 72 *R.I.E.J.* 185.

90. Voir, en ce sens, la présentation dans O. VAN DER NOOT, *id.*

vue et de reconstruire les positionnements qui constituaient le blocage. À défaut d'organiser un tel dispositif de gouvernance, la théorie du droit ne fera que présupposer la capacité des acteurs de transformer leurs croyances et leur agir, et la norme ne produira pas les effets souhaités :

La prise en compte de cette réflexivité nécessite un dispositif spécifique qui organise une coopération rendant possible une reconstruction réflexive par les destinataires des normes de leur perception contextuelle et les contraignant à une construction réflexive en commun des nouvelles formes de vie à instituer. Toute élaboration d'une règle qui suppose, à un moment quelconque de la procédure, une telle capacité à coopérer ou à se coordonner reste incomplète et déficiente. Elle ne met pas en place les incitants réflexifs à même de créer les conditions d'une capacité effective d'identifier en commun les problèmes à résoudre et la nature des solutions jugées acceptables restera en défaut d'agir sur sa « capacité » à contrôler ce qui conditionne sa propre interprétation<sup>91</sup>.

Dans la mesure où, comme il sera établi plus loin, la Cour suprême en appelle, par sa décision dans l'arrêt *Jordan*, à une transformation de la culture juridique, cette visée transformative qu'explique la théorie génétique de la gouvernance est certes pertinente pour analyser l'arrêt.

## **B. De l'efficacité économique à l'effectivité du droit**

L'analyse économique du droit prend différentes formes, selon qu'elle se fonde sur la théorie économique classique ou sur des approches économiques hétérodoxes plus récentes<sup>92</sup>. Il ne saurait être possible de présenter ici ces multiples approches, l'objectif étant plutôt de comprendre l'approche économique en rapport avec la logique utilisée par les juges pour interpréter le

---

91. J. LENOBLE et M. MAESSCHALCK, préc., note 86, p. 353.

92. Isabelle MARTIN, « L'économie hétérodoxe et le droit ou la redécouverte d'une interrelation », dans Stéphane BERNATCHEZ et Louise LALONDE (dir.), *Approches et fondements du droit*, (à paraître).

droit. À ses débuts, l'analyse économique du droit ne concernait que les domaines financiers et économiques du droit : le droit fiscal, le droit de la faillite, la propriété intellectuelle, le droit bancaire, le droit des affaires, la responsabilité civile, etc. Même dans ces cas, le vocabulaire continue d'évoluer, et les notions tendent à se transformer pour emprunter encore davantage à la logique économiste et gestionnaire contemporaine; par exemple, le sempiternel évitement fiscal se traduit aujourd'hui en « pratiques d'optimisation fiscale ». Avec le temps, l'analyse économique du droit ne s'est toutefois pas limitée à ces domaines et a fini par envahir tous les domaines du droit, y compris ceux qui ne se présentent pas *a priori* en termes économiques.

La *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* vient d'ailleurs de consacrer un dossier au rapport entre le droit constitutionnel et les sciences économiques, dirigé par le constitutionnaliste et philosophe du droit Alexandre Viala, aussi directeur du laboratoire de droit constitutionnel de Montpellier (Centre d'études et de recherches comparatives constitutionnelles et politiques ou CERCOP). Même si le professeur Viala met en garde contre « les risques que renferme cet économisme triomphant », il reconnaît que « l'idée d'une surdétermination économique de la Constitution semble faire son chemin<sup>93</sup> ». Si l'idée d'un droit constitutionnel économique<sup>94</sup>, ou d'une constitution économique, progresse, au point qu'il n'est plus possible de faire l'impasse sur cette analyse<sup>95</sup>, le danger d'une analyse économique du droit qui se ferait prescriptive peut inquiéter : « En un mot, il s'agit de ne pas ériger en vérité scientifique une certaine conception économique au risque de faire émerger un jusnaturalisme d'un nouveau type postulant l'existence d'un droit supérieur au droit positif dont le seul critère serait l'efficacité économique<sup>96</sup>. » En dépit des nombreux travaux que les économistes du droit ont consacrés à l'efficacité des

---

93. Alexandre VIALA, « Rapport introductif. Enjeux et difficultés épistémologiques », (2017) 78 *R.I.E.J.* 55, 57.

94. Jonathan GARCIA, « Les théories économiques et le pouvoir constituant », (2017) 78 *R.I.E.J.* 99.

95. R. LANNEAU, préc., note 30.

96. A. VIALA, préc., note 93.

constitutions<sup>97</sup>, les preuves empiriques demeurent insuffisantes au dire de certains<sup>98</sup>. Cela n'empêche pas, bien sûr, une analyse économique de la décision du juge constitutionnel<sup>99</sup>.

Dans le contexte de la mondialisation<sup>100</sup> et de la place grandissante de la logique du marché, l'analyse économique du droit n'a fait que croître en accueillant de plus en plus d'adeptes parmi les juristes qui en étudient les fondements<sup>101</sup>, en retiennent les règles et les principes, et en appliquent les méthodes. La prédiction du juriste Oliver W. Holmes, faite à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, serait donc en voie de se réaliser : « For the rational study of the law the black-letter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics<sup>102</sup>. » Le mouvement *Law and Economics* serait ainsi « en passe de gagner les juristes à une idée dont Marx n'avait pas su les convaincre : la nécessité de remettre le Droit sur ses “vrais” pieds, c'est-à-dire sur sa base économique<sup>103</sup> ».

- 
97. Voir notamment les travaux en ce sens cités par R. LANNEAU, préc., note 30, p. 69 : Daniel A. FARBER et Philip P. FRICKEY, *Law and Public Choice: A Critical Introduction*, Chicago, University of Chicago Press, 1991; Robert D. COOTER, *The Strategic Constitution*, Princeton, Princeton University Press, 2000; Maxwell L. STREARNS, *Public Choice and Public Law: Readings and Commentaries*, New York, LexisNexis, 2003; Maxwell L. STREARNS, *Constitutional Process. A Social Choice Analysis of Supreme Court Decision Making*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2002; Maxwell L. STREARNS et Todd ZYWICKI, *Public Choice Concepts and Application to Law*, New York, West Academic Publishing, 2009.
98. Alain MARCIANO, « Constitution, économie et efficacité », (2017) 78 *R.I.E.J.* 59; Thomas J. WEBSTER, « Economic Efficiency and the Common Law », (2004) 32 *Atlantic Economic Journal* 40; Mario J. RIZZO, « The Mirage of Efficiency », (1980) 8 *Hofstra Law Review* 641.
99. Sophie HARNEY, « L'analyse économique du juge constitutionnel », (2017) 78 *R.I.E.J.* 111.
100. Karim BENYEKHLIF, *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2015.
101. Voir notamment Régis LANNEAU, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics*, Paris, L.G.D.J., 2010.
102. Oliver WENDELL HOLMES JR., « The Path of the Law », (1897) 10 *Harv. L. Rev.* 457, p. 469.
103. A. SUPLOT, préc., note 80, p. 144.

L'analyse économique du droit n'est toutefois pas une nouvelle approche. Déjà durant les années 1940, à l'Université de Chicago, Henry Simons et Friedrich Hayek en élaboraient les fondements, en collaboration avec Milton Friedman. L'un des objectifs étant de combattre les thèses interventionnistes de John Maynard Keynes, l'analyse économique du droit s'est positionnée à droite sur le spectre politique, ce qui ne signifie pas que les courants juridiques de gauche ne se soient pas intéressés à l'analyse économique du droit<sup>104</sup>. C'est toutefois la publication, en 1972, de l'ouvrage de Richard Posner, *Economic Analysis of Law*<sup>105</sup>, qui a donné une véritable impulsion à cette approche dans les facultés de droit. Un important mouvement a depuis été créé, dans le but de comprendre le droit à partir de la science économique. Outre celui de Posner, réédité à de nombreuses occasions depuis, les ouvrages décrivant les règles et les méthodes de l'analyse économique du droit sont suffisamment nombreux<sup>106</sup>, leur accès est à ce point facile, qu'il n'est pas nécessaire d'en faire ici une présentation exhaustive. Qu'il nous suffise de préciser que cette approche analyse le droit en fonction de son impact sur l'économie et selon une analyse coût-bénéfice, que les lois y sont considérées comme « des produits législatifs en compétition sur un marché mondial des normes<sup>107</sup> » et que ses méthodes d'analyse empruntent aux théorèmes et aux théories économiques qui se présentent le plus souvent en termes de formules et de calculs. Aux fins du présent article, c'est principalement la question des droits qui est analysée selon cette perspective économique axée sur l'efficacité.

---

104. Voir notamment : Duncan KENNEDY, « Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: A Critique », (1981) 33 *Stan. L. Rev.* 387; Duncan KENNEDY, « Law-and-Economics from the Perspective of Critical Legal Studies », dans Peter NEWMAN (dir.), *New Palgrave Dictionary of Economics and Law*, t. 2, New York, Stockton Press, 1998, p. 465.

105. R.A. POSNER, préc., note 27.

106. Voir notamment en français : Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2008; Thierry KIRAT, *Économie du droit*, Paris, La Découverte, 1999; Ejan MACKAAY, *L'analyse économique du droit. Fondements*, Montréal/Bruxelles, Thémis/Bruylant, 2000; R. LANNEAU, préc., note 101.

107. A. SUPLOT, préc., note 6, p. 183.

Bien que la conception traditionnelle des droits les présente comme échappant au calcul des économistes, l'analyse économique leur accorde néanmoins une valeur mesurable, notamment à partir d'un calcul coût-avantage. Poussée à sa limite, cette logique postule que l'usage des droits se mesure en fonction de leur utilité sociale, selon un calcul d'utilité<sup>108</sup> qui confère à chaque droit une destination économique. Ce calcul de l'utilité sociale, dans des formules d'équilibre ou de pondération (*balancing test*) comme celle de Hand<sup>109</sup>, consiste à mettre dans la balance, d'un côté, le droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable ainsi que l'avantage d'un procès dans un tel délai pour la victime et la société et, de l'autre, les inconvénients résultant d'un arrêt des procédures et d'une remise en liberté. Même si la proportionnalité peut se concevoir autrement, le contrôle de constitutionnalité a institutionnalisé ce calcul dans le principe de proportionnalité qui tient lieu de test de la justification de la restriction à un droit. Dans sa version la plus forte, « le recours au principe de proportionnalité permet ici clairement de ramener toute espèce de règle à un calcul d'utilité et de faire disparaître du raisonnement l'idée de loi intangible<sup>110</sup> ».

L'approche économique de la gouvernance par les nombres « substitue le calcul à la loi comme fondement de la légitimité de la norme<sup>111</sup> ». En tentant de « calculer l'incalculable<sup>112</sup> », l'analyse économique du droit propose de quantifier les droits, dans l'esprit

---

108. *Id.*, p. 163-164.

109. Dans l'arrêt *United States v. Carroll Towing Co.*, préc., note 32, le juge Learned Hand a formulé une méthode de calcul de la responsabilité :  
Since there are occasions when every vessel will break from her moorings, and since, if she does, she becomes a menace to those about her; the owner's duty, as in other similar situations, to provide against resulting injuries is a function of three variables: (1) The probability that she will break away; (2) the gravity of the resulting injury, if she does; (3) the burden of adequate precautions. Possibly it serves to bring this notion into relief to state it in algebraic terms: if the probability be called P; the injury, L; and the burden, B; liability depends upon whether B is less than L multiplied by P: i.e., whether  $B < PL$ .

110. A. SUPLOT, préc., note 6, p. 205.

111. *Id.*, p. 174.

112. *Id.*, p. 183.



de ces nouvelles pratiques de quantification qui « visent à transformer le monde social, à travers des *politiques publiques*<sup>113</sup> » : « l'efficace politique du recours au nombre tient dans la force d'« évidence », concept éminemment anglo-saxon, de l'argument chiffré<sup>114</sup> ».

L'efficacité occupe une place importante dans la redéfinition des critères de validité du droit : « progressivement pénétré par le discours managérial, le droit est dorénavant tout entier traversé par l'impératif d'efficacité, impératif dicté par l'analyse économique du droit<sup>115</sup> ». Dans cette optique économique, l'efficacité des normes est devenue une exigence incontournable du test de constitutionnalité, comme si le droit était tenu « de faire la preuve de son efficacité, faute de quoi il n'aurait plus le droit d'être du Droit<sup>116</sup> ».

La compréhension numérique des droits tranche avec l'interprétation téléologique qui est généralement considérée comme la méthode de détermination du sens des droits<sup>117</sup>. Alors que cette interprétation insiste sur la finalité du droit, c'est-à-dire sur le principe moral qui sous-tend le droit en question, la numérisation des droits emprunte à la pensée calculante propre au règne de la technique (au sens de Heidegger) ou de la rationalité instrumentale (au sens de Max Weber), en centrant l'analyse sur les moyens plutôt que les fins : la recherche du meilleur moyen pour arriver à une fin sans réfléchir au sens de cette dernière. Il s'agit ainsi de trouver les moyens les plus efficaces pour atteindre l'objectif, ou les plus

---

113. Alain DESROSIERES et Sandrine KOTT, « Quantifier », *Genèses*, vol. 58, 2005, p. 2.

114. R. SALAIS, préc., note 85, p. 186.

115. Sophie NADAL, « L'efficacité des règles de droit pour repère : quel(s) horizon(s)? », dans P. HAMMJE, L. JANICOT et S. NADAL (dir.), préc., note 60, p. 13.

116. Olivier FAVEREAU, « Critères d'efficacité économique du droit du travail : un essai de classification raisonnée; texte rédigé pour l'étude Évaluation du droit du travail : problèmes et méthodes, réalisée par l'Institut international pour les études comparatives (IIPEC) », [En ligne] [www.afdt-asso.fr/fichiers/publications/criteresdefficacitedudroit.pdf] (15 septembre 2017).

117. Luc B. TREMBLAY, « L'interprétation téléologique des droits constitutionnels », (1995) 2 *R.J.T.* 461.

efficacités : par quels moyens pourra-t-on maximiser la satisfaction des préférences dans un contexte où les ressources sont limitées<sup>118</sup>?

La nouvelle gouvernance étatique n'est souvent comprise qu'en termes d'efficacité économique, selon une logique de gestion ou de management, omettant la nécessaire légitimité politique qui constitue l'autre pôle de cette transformation de la gouvernance démocratique. De toute évidence, la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Jordan* risque d'alimenter cette vision exclusivement économique de la gouvernance, ce qui pourrait provoquer un déficit de légitimité de l'action judiciaire. C'est du moins l'interprétation qu'en fait le juge Cromwell dans l'opinion concordante qu'il rédige au nom de ses trois collègues. Selon cette lecture de l'arrêt *Jordan*, la Cour suprême aurait privilégié une telle gouvernance par les nombres.

Il est cependant possible d'y voir une autre conception de l'efficacité, qui serait une condition de possibilité de l'effectivité, elle-même conçue comme une condition de possibilité de la validité du droit. En voulant rendre le système judiciaire plus efficace, la Cour suprême chercherait à rendre le droit d'être jugé dans un délai raisonnable plus effectif. Les recherches récentes insistent de plus en plus sur l'importance d'assurer l'effectivité des droits et libertés<sup>119</sup>. L'effectivité est même comprise comme une exigence de validité du droit. Une telle approche tend bien sûr à annihiler la thèse selon laquelle « l'analyse économique ne peut pas en revanche se constituer en science du droit constitutionnel puisqu'elle ne peut appréhender la question de la validité en droit : son code ne lui permet tout simplement pas de penser cette dimension<sup>120</sup> ». Autrement conçue, l'efficacité du système judiciaire devient donc

---

118. Isabelle MARTIN, « L'efficience ou la quête de neutralité normative au cœur de l'analyse économique du droit », dans Stéphane ROUSSEAU (dir.), *Juriste sans frontières. Mélanges Ejan Mackaay*, Montréal, Éditions Thémis, 2015, p. 19.

119. Voir notamment Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Danièle LOCHAK (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de Paris X, 2008.

120. R. LANNEAU, préc., note 30, 83; R. LANNEAU, préc., note 101.

une condition de possibilité de l'effectivité du droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Si le critère d'efficacité est retenu, il devient, en conséquence, possible d'envisager la justice dans un modèle du droit de la gouvernance qui ne se veut pas purement économique. Il convient de lire les différentes opinions exprimées dans l'arrêt *Jordan* à partir de cette double lunette : d'un côté, une conception économique de l'efficacité propre au modèle de la gouvernance par les nombres et, de l'autre, une conception de l'efficacité comme condition de possibilité de l'effectivité du droit dans un modèle de gouvernance qui n'est pas uniquement construit sur la base de la théorie économique.

La lecture que le juge Cromwell propose de l'opinion dominante présente cette dernière comme une manifestation de la première conception. Il demeure toutefois possible de comprendre l'opinion déterminante, qui fait depuis jurisprudence<sup>121</sup>, dans le sens de la seconde conception de la gouvernance : les juges abordent l'efficacité dans le but de rendre le droit effectif. Leur jugement donne néanmoins ouverture à la critique qu'en fait le juge Cromwell, en ce qu'il semble épouser la thèse de la gouvernance par les nombres. Selon l'interprétation du juge Cromwell, la fixation de plafonds doit être considérée comme un cas de gouvernance par les nombres, tandis que les cinq juges majoritaires justifient leur jugement par la volonté de changer la culture juridique. La question qui demeure toutefois est celle de savoir si cette dernière option accorde suffisamment d'importance à l'exigence de légitimité prônée par la théorie politique de la gouvernance et si elle met en place les dispositifs de gouvernance requis pour qu'opère une telle transformation de la culture juridique.

## **II. L'analyse de l'arrêt *Jordan***

Dans l'arrêt *Jordan*, tous les juges reconnaissent le caractère déraisonnable du délai en l'espèce, mais ils se divisent, cinq contre quatre, quant au cadre d'analyse à adopter pour déterminer si l'accusé a été jugé dans un délai raisonnable. C'est donc en rapport

---

121. R. c. *Cody*, préc., note 1.

avec le cadre d'analyse qu'il est possible de parler d'opinion majoritaire et concordante, ou d'opinion dominante et distincte. Pour l'opinion dominante, le délai déraisonnable est établi en fonction de plafonds numériques.

L'objectif de la seconde partie est de comprendre que l'arrêt *Jordan* s'inscrit dans le droit de la gouvernance. Pour cela, il suffit, dans un premier temps (A.), de présenter les différentes opinions émises quant au cadre d'analyse et, dans un second temps (B.), d'en proposer une analyse soit par la conversion en nombres du droit d'être jugé dans un délai raisonnable, soit par l'appel au changement de la culture juridique des acteurs du système judiciaire pénal et criminel. En cela, cet arrêt illustre l'opposition entre deux conceptions, économique et génétique, du droit de la gouvernance.

#### **A. Les juges divisés quant au cadre d'analyse**

L'opinion dominante d'une majorité de cinq juges de la Cour suprême a déterminé que « la justice rendue en temps utile est l'une des caractéristiques d'une société libre et démocratique » (par. 1). Les juges Moldaver, Abella, Karakatsanis, Côté et Brown ont ainsi établi un nouveau cadre d'analyse pour l'application de l'alinéa 11*d*), qui fixe des plafonds pour traduire un inculpé en justice : 18 mois pour les procès instruits devant une cour provinciale et 30 mois pour ceux qui le sont devant une cour supérieure (ou ceux instruits devant une cour provinciale à l'issue d'une enquête préliminaire).

Selon ces cinq juges, il importe de tenir les procès criminels avec équité, rapidité et efficacité : « l'efficacité du système de justice criminelle est donc de la plus haute importance » (par. 3). À la lecture du jugement, il apparaît clairement que les juges ont le souci de « maximiser l'efficacité et [de] réduire les délais au minimum, démontrant ainsi qu'il est possible de faire mieux » (par. 41). Pour cela, il faut éviter « les étapes procédurales inutiles et la défense inefficace des droits » (par. 43) et faire en sorte que les parties soient « encouragées à éliminer ou à éviter les pratiques inefficaces des

procédures » (par. 117). Selon la Cour suprême, les tribunaux devront mettre en œuvre des procédures plus efficaces et revoir leurs régimes de gestion des instances (par. 139) : « Bref, les procès instruits en temps utile servent l'administration de la justice. Ils sont le gage du fonctionnement équitable et efficace du système » (par. 28).

Dans l'arrêt *Jordan*, les juges majoritaires se réfèrent à l'arrêt *R. c. Morin*<sup>122</sup>, où la question des délais avait déjà fait l'objet d'un examen judiciaire. Il est frappant de constater que la terminologie a changé : alors que la Cour suprême parlait de facteurs à considérer dans l'arrêt *Morin*, voilà qu'elle emploie le langage de la gouvernance dans l'arrêt *Jordan* en parlant plutôt de lignes directrices (par. 30) :

Le cadre d'analyse établi dans *Morin* exige des tribunaux qu'ils soupèsent quatre facteurs pour décider s'il y a eu violation de l'al. 11*b*) : (1) la longueur du délai; (2) la renonciation de la défense à invoquer une portion du délai; (3) les motifs du délai, y compris les besoins inhérents au dossier, le délai imputable à la défense, celui attribuable au ministère public, le délai institutionnel et les autres motifs du délai; (4) l'atteinte aux droits de l'inculpé à la liberté, à la sécurité de sa personne et à un procès équitable. Le préjudice peut avoir été réellement subi par l'accusé ou il peut être présumé compte tenu de la longueur du délai. Le délai institutionnel en particulier est évalué à l'aune d'un ensemble de lignes directrices établies par la Cour dans *Morin* : huit à dix mois devant une cour provinciale et six à huit mois de plus après le renvoi à procès devant une cour supérieure. Ces lignes directrices tiennent compte du fait que les ressources sont limitées et qu'il faut donc tolérer, jusqu'à un certain point, les délais institutionnels qui, lorsqu'ils étaient conformes ou presque aux lignes directrices, ont généralement été jugés raisonnables (par. 30)<sup>123</sup>.

---

122. *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771.

123. Dans leur opinion, à laquelle souscrivent les juges Abella et Côté, les juges Moldaver, Karakatsanis et Brown écartent le cadre d'analyse de l'arrêt

Outre qu'il simplifierait l'analyse et favoriserait les mesures incitatives constructives (par. 51), le plafond établi serait ainsi « nécessaire pour donner des directives valables à l'État sur ses obligations constitutionnelles ainsi qu'aux personnes qui jouent un rôle important pour garantir que le procès se conclut dans un délai raisonnable » (par. 50). Déterminer de telles « lignes directrices numériques » constitue, selon la Cour suprême, une approche « tout à fait conforme à la fonction judiciaire » (par. 115).

Selon les cinq juges majoritaires, il faut s'éloigner du cadre d'analyse de l'arrêt *Morin* au motif qu'il exigeait un calcul pointilleux, un microcalcul inefficace. Cependant, l'approche adoptée dans l'arrêt *Jordan* n'en est pas moins, à certains égards, un exemple de cette nouvelle « gouvernance par les nombres<sup>124</sup> ». C'est du moins ce que lui reprochent les juges McLachlin, Cromwell, Wagner et Gascon dans leurs motifs quant au cadre d'analyse à adopter. Bien que les cinq autres juges soient conscients qu'un « nombre à lui seul ne peut définir le caractère raisonnable d'un délai » (par. 51), leur méthode n'en est pas moins quantitative dans la mesure où la complexité d'une affaire judiciaire s'apprécie en fonction du caractère volumineux de la preuve, d'un grand nombre de témoins, des exigences relatives au témoignage d'expert, des accusations qui portent sur de longues périodes (par. 77) – autant de considérations qui se mesurent en nombres. De plus, ajoutent-ils, « les causes particulièrement complexes en raison de la nature des questions soulevées peuvent se caractériser notamment par un grand nombre d'accusations et de demandes préalables au procès, par la présence de questions de droit inédites ou complexes, ainsi que par un grand nombre de questions litigieuses importantes » (par. 77).

Selon le juge Cromwell, qui rédige l'opinion distincte pour ses collègues McLachlin, Wagner et Gascon, « le caractère raisonnable ne peut être déterminé par un nombre » (par. 147). Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable énoncé à l'alinéa 11*d*) de la Charte

---

*Morin*, car ils estiment qu'il souffre de plusieurs lacunes sur le plan théorique et qu'il a engendré des problèmes pratiques (par. 31-45).

124. A. SUPLOT, préc., note 6.

« ne peut ni ne devrait être défini par des plafonds numériques » (par. 148). Selon le juge Cromwell, « la notion de caractère déraisonnable se prête mal à l'établissement de règles » :

[E]n effet, ce qui constitue un délai raisonnable pour trancher une affaire peut s'avérer tout à fait déraisonnable dans un autre cas. Le caractère raisonnable est un concept intrinsèquement contextuel et son application dépend des circonstances particulières de chaque espèce. Il est donc difficile et, en fait, imprudent de tenter de définir le délai qui serait raisonnable dans une affaire donnée au moyen d'une valeur numérique (par. 151).

De l'avis même du juge Cromwell, c'est pourtant ce que fait l'approche dominante adoptée par les cinq juges majoritaires : « Elle ramène la question du caractère raisonnable à deux plafonds numériques » (par. 254). Plus fondamentalement, « le caractère raisonnable est un concept qu'on ne peut ramener à une valeur numérique » (par. 266). Ce serait, dès lors, être « victime de la tyrannie des chiffres », comme l'a écrit le juge Lamer dans l'arrêt *Mills c. La Reine* en 1986 (cité par le juge Cromwell au paragraphe 256)<sup>125</sup> : « Il n'y a pas de moment magique après lequel une violation sera censée avoir lieu et cette Cour devrait éviter d'en adopter un<sup>126</sup> » (par. 267).

À réduire le droit à un nombre, le jugement juridique se révèle minimaliste, ce qu'il est déjà, d'une certaine manière, lorsqu'il impose des interprétations. C'est ce qu'a écrit Hobbes dans le *Léviathan* :

En imposant des dénominations, certaines d'une signification plus large, d'autres d'une signification plus étroite, nous réduisons le calcul des consécutions des choses imaginées dans l'esprit à un calcul des consécutions d'appellations [...] Et ainsi la consécution trouvée en un cas particulier est enregistrée et mémorisée comme une règle universelle, et elle libère notre calcul mental du moment et

---

125. *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, p. 923.

126. *Id.*, p. 942.

du lieu, et nous délivre de tout travail de l'esprit, à l'exception du premier, et elle fait que ce qui a été trouvé vrai *ici* et *maintenant* est vrai en *tous temps* et en *tous lieux*<sup>127</sup>.

Et « le recours aux mots pour fixer la pensée est nulle part plus apparent que dans la *numération*<sup>128</sup> ». En nommant, le langage transforme les conséquences possibles en calcul selon les noms. Dans le langage mathématique, l'idée de calcul peut être encore davantage comprise selon cette logique réductrice, ici de réduire le droit d'être jugé dans un délai raisonnable à son plus petit dénominateur commun aux différentes affaires criminelles qui se présenteront devant les tribunaux.

De plus, à supposer qu'il faille fixer des délais maximaux, il vaut mieux, selon les quatre juges à l'opinion concordante, laisser la création de ce genre de plafonds au législateur (par. 147). L'approche des cinq juges majoritaires « outrepassse le rôle dévolu à la Cour en créant des plafonds qui semblent n'avoir aucune logique ni raison compte tenu de la preuve soumise à la Cour » (par. 254). Les plafonds proposés ont pour effet de fonder le droit sur des « raisons d'efficacité administrative qui n'ont rien à voir avec la question du caractère excessif ou non du délai dans un cas déterminé » (par. 273).

Selon l'opinion concordante des quatre juges, une légère réorientation des « lignes directrices administratives » énoncées dans l'arrêt *Morin* aurait suffi pour déterminer le délai institutionnel. Suivant ce qui avait été fait dans cet arrêt, le quatuor souhaite que la méthode générale pour déterminer s'il y a eu violation du droit relève d'une « décision judiciaire » plutôt que d'adopter la forme d'une « formule mathématique ou administrative » (par. 197). Ils soulignent également que « le concept de délai inhérent raisonnable pour juger une affaire se prête mal à l'élaboration de lignes directrices administratives » (par. 260), en

---

127. Thomas HOBBS, *Leviathan*, Philotra, [En ligne] [philotra.pagesperso-orange.fr/hob4.htm] (15 septembre 2017).

128. Thomas HOBBS, *Léviathan*, Paris, Gallimard, 2000, p. 101.



raison notamment des distinctions entre les différentes infractions (par. 259). Par ailleurs, le juge Cromwell se réfère au droit comparé. Il cite l'étude faite par Michael Code concernant le droit américain : « l'idée de fixer des normes numériques de quelque ordre que ce soit est, de façon générale, étrangère à la jurisprudence américaine sur l'obligation d'instruire les procès rapidement<sup>129</sup> ». Le juge mentionne également le rapport de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise)<sup>130</sup>, intitulé *Can Excessive Length of Proceedings Be Remedied?*, concernant une étude menée auprès de nombreux pays qui refusent de fixer des plafonds concernant les délais.

## **B. De la conversion des droits en nombres à la transformation de la culture juridique**

Déjà, en elle-même, l'opinion rédigée par le juge Cromwell permet de comprendre en quoi le jugement de ses cinq collègues constitue une manifestation du phénomène de gouvernance par les nombres, axée sur l'efficacité. Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable est quantifié en termes de mois, 18 ou 30 selon le cas. Le recours aux nombres peut donner l'illusion d'une précision quasi scientifique du droit : objectiver les droits pour chasser la vieille critique de l'interprétation subjective. C'est ainsi que, dans l'arrêt *Jordan*, la Cour suprême établit des nombres : mais pourquoi 18 mois et 30 mois comme plafonds, plutôt que d'autres chiffres? Est-ce parce que le premier nombre correspond à un an et demi et le second, à deux ans et demi, et que ces durées paraissent raisonnables selon un empirisme intuitif qui tiendrait lieu ici de jugement juridique? L'empirisme intuitif « désigne la propension à faire comme si on connaissait intuitivement les conséquences d'une décision ou les perceptions sociales, comme si ces connaissances pouvaient se passer d'une étude scientifique, comme si les juristes

---

129. Michael A. CODE, *Trial within a Reasonable Time: A Short History of Recent Controversies Surrounding Speedy Trial Rights in Canada and the United States*, Scarborough (ON), Carswell, 1992.

130. COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE), *Can Excessive Length of Proceedings Be Remedied?*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2007.

pouvaient prédire<sup>131</sup> ». En matière constitutionnelle, un certain intuitionnisme, qui prend parfois la forme de postulats nécessaires<sup>132</sup>, semble caractériser le jugement juridique au moment d'apprécier les faits législatifs ou sociaux<sup>133</sup>. En l'espèce, le juge Cromwell, dans son opinion concordante partagée par les juges McLachlin, Wagner et Gascon, critique la position de ses cinq collègues au motif que les plafonds n'ont pas été fixés sur la base d'une preuve statistique ni établis à partir d'avis experts :

Fixer les plafonds proposés sans disposer d'éléments de preuve ou d'arguments des avocats tranche avec la façon dont la Cour a élaboré ses lignes directrices en matière de délai institutionnel dans les arrêts *Askov* et *Morin*. Dans ces affaires, la Cour bénéficiait d'une preuve abondante, dont des statistiques provenant de juridictions comparables, ainsi que des avis d'experts : *Morin*, p. 797 (par. 281).

Le recours aux statistiques et à l'expertise est, en soi, un autre signe de ce passage à un droit de la gouvernance<sup>134</sup>. De plus, il n'est pas étonnant dans ce contexte que les juges présentent les facteurs à considérer pour déterminer si un délai est raisonnable en termes de lignes directrices et qu'ils établissent des nombres pour préciser la signification d'un droit. Alors que la jurisprudence antérieure parlait de facteurs à considérer, l'arrêt *Jordan* retient plutôt la notion de lignes directrices, ce qui correspond davantage à ce droit de la gouvernance – qui utilise aussi les notions de directive et de principe directeur<sup>135</sup>. Fondé sur l'efficacité, le discours judiciaire subit l'influence de la terminologie managériale de la gouvernance.

---

131. G. AZZARIA, préc., note 74, p. 3-4.

132. Danielle PINARD, « Au-delà de la distinction du fait et du droit en matière constitutionnelle : les postulats nécessaires », (2014) 48 *R.J.T.U.M.* 1.

133. Voir notamment : Danielle PINARD, « Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la *Charte canadienne des droits et libertés* », (1989) 30 *C. de D.* 137, 172-183; Danielle PINARD, « La preuve des faits sociaux et les Brandeis briefs : quelques réserves », (1996) 26 *R.D.U.S.* 497.

134. V. LASSERRE, préc., note 87.

135. D. MOCKLE, préc., note 19.

À trop se concentrer sur la dimension économique du droit, la Cour suprême risque de négliger, comme cela est parfois le cas dans le débat théorique, notamment en théorie du droit, l'autre volet de la gouvernance, soit l'exigence de légitimité issue de la philosophie politique. Dans le présent cas, le problème est d'autant plus important qu'il en résulte, du moins à court terme à la suite des nombreux arrêts de procédures, un manque de légitimité du système judiciaire. Plus encore, c'est à une crise de légitimité du droit que paraît mener l'adoption de la seule composante économique de la gouvernance. À plus long terme, le système judiciaire devrait en arriver à tenir les procès dans les délais impartis. Cependant d'ici là, sans égard à l'exigence de légitimité issue de la philosophie politique, le nouveau cadre fixant des plafonds entraîne des conséquences qui pourraient miner la confiance des justiciables dans le système judiciaire. Chaque arrêt des procédures, chaque remise en liberté d'une personne accusée de meurtre et en attente de procès provoquent des réactions d'incompréhension<sup>136</sup>. Selon le juge en chef Jacques R. Fournier, de la Cour supérieure du Québec, cette « solution » est venue « miner la confiance des citoyens envers le système de justice » : « La confiance a été ébranlée. Les victimes et familles ont raison d'être en colère, d'autant plus que c'est difficile de pointer le coupable dans cette situation. Tout est à la fois responsable et non responsable<sup>137</sup>. » Plus récemment, le juge en chef Fournier a cependant affirmé que la crise des délais serait « en voie de se résorber<sup>138</sup> ».

---

136. À titre d'exemple, voir la réaction de Dannick Lessard qui a été atteint de neuf balles alors qu'il était portier au bar Le Garage à Mirabel dans la nuit du 27 au 28 octobre 2012 : Daniel RENAUD, « Arrêt Jordan : "Il n'y a pas de justice", dit un ex-hockeyeur victime d'une tentative de meurtre », *La Presse*, 4 mai 2017, [En ligne] [[www.lapresse.ca/actualites/justice-et-faits-divers/actualites-judiciaires/201705/04/01-5094596-arret-jordan-il-ny-a-pas-de-justice-dit-un-ex-hockeyeur-victime-dune-tentative-de-meurtre.php](http://www.lapresse.ca/actualites/justice-et-faits-divers/actualites-judiciaires/201705/04/01-5094596-arret-jordan-il-ny-a-pas-de-justice-dit-un-ex-hockeyeur-victime-dune-tentative-de-meurtre.php)] (15 septembre 2017).

137. A. PINEDA, préc., note 17, p. A8.

138. Allocution prononcée par Jacques R. Fournier, juge en chef Cour supérieure du Québec, à l'occasion de l'ouverture des tribunaux, Barreau de Montréal, Montréal, 7 septembre 2017, [En ligne] [[www.barreaudemontreal.qc.ca/sites/default/files/2017-all-lhon\\_fournier.pdf](http://www.barreaudemontreal.qc.ca/sites/default/files/2017-all-lhon_fournier.pdf)] (15 septembre 2017). Propos rapportés dans Guillaume

Lorsqu'elle rend jugement, la Cour suprême cherche d'abord à assurer la légitimité de l'institution judiciaire elle-même<sup>139</sup>. Or, dans l'arrêt *Jordan*, la Cour a rendu un jugement qui est susceptible de miner la légitimité du système judiciaire. Dans le récent arrêt *R. c. Cody*, qui a confirmé le nouveau cadre d'analyse établi un an plus tôt dans l'arrêt *Jordan*, la Cour suprême semble se préoccuper davantage de la question de la légitimité, qu'elle associe au nécessaire changement de culture :

Nous tenons à souligner que, dans le contexte qui nous intéresse, l'illégitimité d'une conduite n'équivaut pas nécessairement à une faute professionnelle ou éthique de la part de l'avocat de la défense. En effet, il n'est pas nécessaire que la conduite illégitime de la défense qui a été constatée constitue une faute professionnelle. La légitimité tire plutôt son sens du changement de culture exigé dans *Jordan*. Toutes les personnes associées au système judiciaire — y compris les avocats de la défense — doivent désormais accepter que de nombreuses pratiques qui étaient auparavant courantes ou simplement tolérées ne sont plus compatibles avec le droit garanti par l'al. 11b) de la Charte<sup>140</sup>.

À la lecture de l'arrêt *Jordan*, le peu d'attention de la Cour suprême à l'égard de cette question de la légitimité ne peut qu'étonner, d'autant que le plus haut tribunal du pays se montre généralement préoccupé par la légitimité de toute intervention judiciaire particulière et du système judiciaire dans son ensemble.

---

BOURGEAULT-CÔTE, « Cour du Québec : La juge en chef prévoit des "turbulences" », *Le Devoir*, 8 septembre 2017, [En ligne] [www.ledevoir.com/societe/507484/rentree-des-tribunaux] (15 septembre 2017); Caroline TOUZIN, « Une procureure suspendue après avoir dénoncé un "manque de ressources" », *La Presse*, 8 septembre 2017, [En ligne] [www.lapresse.ca/actualites/justice-et-faits-divers/actualites-judiciaires/201709/08/01-5131415-une-procureure-suspendue-apres-avoir-denonce-un-manque-de-ressources.php] (15 septembre 2017).

139. Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs. Le discours judiciaire et le droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1997.

140. *R. c. Cody*, préc., note 1, par. 35.

En effet, au moment de se demander si les tribunaux peuvent corriger une mesure législative inconstitutionnelle par le recours à la technique de l'interprétation large (*reading in*), les juges ont été très soucieux non seulement de l'ingérence du judiciaire dans le législatif<sup>141</sup>, mais aussi de la légitimité de l'action judiciaire<sup>142</sup>. De même, dans l'interprétation des droits et libertés, c'est également en se référant aux fondements de leur légitimité que les juges de la Cour suprême ont écarté l'originalisme<sup>143</sup>.

Dans l'arrêt *Jordan*, la Cour suprême invite les tribunaux à faire une étude des circonstances de chaque cas, se défendant ainsi de la critique du juge Cromwell selon qui le cadre d'analyse proposé « ramène la question du caractère raisonnable à deux plafonds numériques » (par. 254). D'après l'opinion dominante, « ce n'est clairement pas le cas » (par. 58), en raison précisément de l'examen des circonstances et du fait que le « plafond présumé situe le moment à partir duquel le fardeau qui incombe à la défense de prouver que le délai a été déraisonnable passe au ministère public qui doit alors justifier le temps qu'il a fallu pour instruire l'affaire » (par. 58).

À l'amorce du débat sur les fondements de l'analyse économique du droit, au début des années 1980, l'une des « questions centrales du débat est celle-ci : l'attribution des droits peut-elle être déduite de considérations d'efficacité ou doit-on, pour rendre déterminable la notion même d'efficacité, fixer préalablement au moins certains droits fondamentaux<sup>144</sup>? » Telle qu'elle est posée dans l'arrêt *Jordan*, la question du droit d'être jugé dans un délai raisonnable est déduite de considérations d'efficacité. Les limites d'une telle approche fondée sur l'utilitarisme ont été soulevées par les tenants de l'analyse économique du droit eux-mêmes :

---

141. *Schachter c. Canada*, préc., note 13.

142. *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

143. *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486.

144. E. MACKAY, préc., note 106, p. 16.

En choisissant entre des approches qui permettent des gains pour la collectivité, moyennant des gains pour certains et des pertes pour d'autres, comment éviter l'arbitraire dans la façon de comptabiliser les gains et les pertes et de choisir les gagnants et les perdants? Posner tente d'escamoter la difficulté en retenant comme valeur à maximiser le produit social, mesuré selon la capacité et la volonté de payer des citoyens, révélées dans des transactions volontaires. Mais cette astuce ne résout pas la difficulté, car l'analyse économique consiste souvent à déterminer des règles pour les cas où les intéressés justement n'ont pas pu contracter<sup>145</sup>.

En l'espèce, évaluer le droit d'être jugé dans un délai raisonnable sur la base d'un tel critère d'efficacité oblige à comptabiliser les gains et les pertes, tant pour l'accusé, la victime et sa famille que pour la société, ce qui ne peut reposer que sur des préjugés arbitraires et un empirisme intuitif. Si la nécessité que le procès soit tenu dans un délai raisonnable s'avère indéniable, l'importance que l'inculpé soit jugé et que la justice soit rendue l'est tout autant.

Le fait de fixer des plafonds qui l'emportent sur les autres considérations, risque de faire paraître le droit d'être jugé dans un délai raisonnable comme un « atout » (*trump*) qui a priorité sur les intérêts et valeurs opposés<sup>146</sup>. Commentant cette approche consistant à fixer préalablement au moins certains droits fondamentaux, le professeur Ejan Mackaay, tenant de l'analyse économique du droit, affirme ce qui suit :

Une telle conception, quel qu'en soit l'attrait sur le plan normatif, risque d'aboutir à l'indécision et n'est pas une description fidèle du fonctionnement courant des sociétés actuelles. Dans le droit actuel des sociétés occidentales,

---

145. *Id.*

146. Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, p. xi; Ronald DWORKIN, « Rights as Trumps », dans Jeremy WALDRON (dir.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1984, p. 153.

l'exercice des droits, même fondamentaux, peut être restreint dans une certaine mesure au nom de valeurs autres (le bien-être de tous). Aucun droit n'est absolu et entièrement soustrait au genre de troc que proposent les conceptions utilitaristes. Toute la question est de savoir dans quelles limites, par qui et suivant quelles modalités ces trocs peuvent être opérés<sup>147</sup>.

Lorsqu'ils étaient conçus comme des atouts jouissant d'une priorité sur les autres intérêts et valeurs, les droits s'inscrivaient dans une théorie substantielle reconnaissant un ordre moral : « Le modèle de la priorité des droits n'est donc pas neutre : il incarne et promeut tout au plus une famille de conceptions du bien, de visions du monde, de modes de vie ou de cultures<sup>148</sup>. » À ce modèle de la priorité des droits comme des atouts, qui s'ancrait dans la morale, a succédé le modèle de l'optimisation des valeurs en conflits, centré sur l'évaluation de la proportionnalité : « [Ce modèle] ne confère aux droits garantis aucune forme de priorité normative sur les valeurs ou les intérêts concurrents que peut chercher à réaliser le gouvernement, ni même sur les buts sociaux fondés sur l'utilité, l'intérêt général, la perfection des individus ou la commodité administrative<sup>149</sup>. »

Toutes les valeurs constitutionnelles ayant le même statut et le même poids dans l'ordre constitutionnel, « il n'y a aucun ordre de priorité<sup>150</sup> » ; les droits ne possédant aucune force spéciale par rapport aux autres valeurs, il s'agit plutôt d'optimiser les valeurs en conflit : « Cela signifie qu'elles doivent être réalisées le plus possible, compte tenu du contexte factuel et juridique qui a fait naître le conflit<sup>151</sup>. » Suivant ce modèle, les normes constitutionnelles telles que les droits constituent des « exigences d'optimisation<sup>152</sup> ».

---

147. E. MACKAAY, préc., note 106, p. 17.

148. L.B. TREMBLAY, préc., note 69, p. 457.

149. *Id.*, 442.

150. *Id.*

151. *Id.*

152. Robert ALEXI, *A Theory of Constitutional Rights*, New York, Oxford University Press, 2002, p. 47.

C'est ainsi que l'importance du droit d'être jugé dans un délai raisonnable, à la fois pour les inculpés (par. 22) et pour les victimes d'actes criminels et leur famille (par. 23) de même que la confiance générale du public envers l'administration de la justice (par. 25) sont des valeurs constitutionnelles qui doivent être optimisées. Les valeurs en conflit doivent être adaptées les unes aux autres : « elles doivent être mutuellement limitées afin de permettre à chacune d'elles d'atteindre son effet optimal<sup>153</sup> ».

Si l'on mesure l'effet optimal par la proportionnalité, l'optimisation situe le jugement judiciaire dans l'évaluation économiste. Évidemment, ce n'est pas dire que l'optimalité au sens développé dans la jurisprudence de la Cour suprême correspond à ce que la théorie économique entend comme optimalité, par exemple selon le critère de Pareto. La raison devient technique, d'après une rationalité instrumentale centrée sur les moyens, où la proportionnalité cherche le lien rationnel, l'atteinte minimale et la proportionnalité entre les effets bénéfiques et préjudiciables suivant une analyse coût-avantage.

Aussi importantes que soient les transformations contemporaines du droit, avec le constat des normes techniques et des dispositifs de gestion, ces nouvelles normes « n'ont cependant pas reçu jusqu'à présent toute l'attention qu'[elles] méritent de la part de la philosophie et surtout de la théorie du droit<sup>154</sup> ». À cet égard, leur étude ne fait que débiter, et c'est en ce sens que la compréhension des fondements du droit de la gouvernance exige d'en approfondir l'analyse.

Suivant la seconde conception de la théorie de la gouvernance, présentée précédemment, une autre compréhension de l'arrêt *Jordan* et du recours au critère d'efficacité demeure envisageable. En effet, il est possible d'y voir non seulement la dimension économique, mais aussi l'objectif de mobiliser l'efficacité pour rendre le droit plus effectif ainsi que la volonté de provoquer

---

153. L.B. TREMBLAY, préc., note 69, p. 444.

154. B. FRYDMAN et A. VAN WAEYENBERGE, préc., note 51, p. 1.



un changement de culture juridique au sein du système judiciaire en matière pénale et criminelle. C'est d'ailleurs pour cette raison que la Cour suprême a écarté le cadre d'analyse établi dans l'arrêt *Morin*, en ce qu'il « ne s'attaque pas à cette culture de complaisance » (par. 41) qui régnait. La Cour suprême précise que cette culture de complaisance, qu'elle nomme aussi la « culture des délais », « cause un tort important à la confiance du public envers le système de justice », « récompense les mauvais comportements, frustre les gens bien intentionnés, rend les habitués du système cyniques et désillusionnés, et contrecarre les objectifs de réinsertion sociale du système » (par. 40)<sup>155</sup>. C'est ainsi que « le plafond présumé a une dimension d'intérêt public importante. La clarté et l'assurance qu'il offre aideront à bâtir la confiance du public envers l'administration de la justice » (par. 55). Plus encore, le plafond modifiera les comportements : « le nouveau cadre d'analyse encourage également la défense à contribuer à la résolution du problème » (par. 113); « Le nouveau cadre d'analyse responsabilise aussi davantage les tribunaux » (par. 114). Par ailleurs, la Cour suprême ajoute :

Il ressort aussi clairement de cet examen de la jurisprudence qu'avec le plafond, les parties ne pourront pas continuer à agir comme elles avaient l'habitude de le faire. En effet, il est conçu pour encourager une conduite et une répartition des ressources qui mèneront à la tenue de procès en temps utile. La jurisprudence de la dernière décennie illustre que la manière dont l'al. 11b) est appliqué présentement n'encourage pas les bons comportements. En effet, il est plus fréquent de jeter le blâme que de résoudre les problèmes. Bref, selon cette jurisprudence, et pour les raisons que nous avons exposées, les mesures incitatives actuelles pour réduire la durée des procédures judiciaires sont manifestement insuffisantes (par. 107).

---

155. La Cour suprême emprunte ces deux dernières citations à Patrick J. LESAGE et Michael CODE, *Rapport sur l'examen de la procédure relative aux affaires criminelles complexes*, Toronto, Ministère du Procureur général de l'Ontario, 2008, p. 20, et à D. Geoffrey COWPER, *A Criminal Justice System for the 21st Century*, rapport commandé par la B.C. Justice Reform Initiative, 2012, p. 48.

En somme, les juges de la Cour suprême souhaitent, à la majorité, un véritable changement de culture juridique et judiciaire :

En outre, le nouveau cadre d'analyse contribuera à faciliter un changement de culture dont on a grand besoin. En établissant des mesures propres à inciter les deux parties à accélérer le déroulement de l'instance, ce cadre vise à accroître la responsabilisation en favorisant une approche proactive et préventive de résolution de problèmes. Du point de vue du ministère public, le cadre d'analyse en question clarifie l'obligation constitutionnelle qu'il a toujours eue de traduire l'accusé en justice dans un délai raisonnable. Lorsque le plafond est dépassé, le ministère public ne se sera acquitté de son fardeau de preuve que s'il est en mesure de démontrer qu'il ne devrait pas être tenu responsable des circonstances ayant mené au dépassement du plafond, puisqu'elles étaient véritablement indépendantes de sa volonté. L'avocat du ministère public sera motivé à agir de façon proactive tout au long de la procédure pour rester en mesure, au besoin, de justifier un délai qui excède le plafond applicable. En deçà du plafond, la présence au dossier d'un représentant du ministère public diligent et proactif est une indication forte que la cause n'a pas pris plus longtemps de manière manifeste que ce qu'il était raisonnable qu'elle prenne (par. 112).

Alors que les cinq juges majoritaires reconnaissent qu'il « va falloir du temps avant que ces mesures d'incitation n'opèrent un changement de culture » (par. 94), et que leurs quatre collègues sont d'avis que les plafonds fixés risquent davantage d'alimenter la « soi-disant culture des délais » que de l'éliminer (par. 276), il convient en effet de s'interroger sur l'application à venir de l'arrêt *Jordan* et sur l'apprentissage qu'en feront les différents acteurs du système judiciaire. Or, un an après cet arrêt, il semble à cet égard que les procès criminels aient pris de la vitesse à la Cour supérieure du Québec, au détriment toutefois des affaires familiales puisque certains juges en droit civil ont été mis à la disposition de la

chambre criminelle<sup>156</sup>. Selon le juge en chef de cette cour, « [l']arrêt *Jordan* a été un électrochoc qui a fait prendre conscience à tout le monde de la nécessité de revoir les méthodes de fonctionnement au niveau judiciaire<sup>157</sup> ». Selon le juge Jacques R. Fournier, juge en chef de la Cour supérieure, l'arrêt *Jordan* aura « permis de réfléchir à l'amélioration des méthodes utilisées dans le système de justice. Il y voit une occasion donnée aux provinces et au fédéral de remettre en question certaines procédures : *“On peut penser aux enquêtes préliminaires : sont-elles nécessaires dans tous les dossiers? Pour les causes d'alcool au volant, pourrait-on envisager des sanctions administratives, avec suspension de permis, plutôt que de criminaliser le processus*<sup>158</sup> », s'interroge le juge Fournier.

Autre exemple, l'Ontario Court of Justice vient de créer, en septembre 2017, un projet pilote (de 18 à 24 mois) afin que les juges eux-mêmes (plutôt que des juges de paix) entendent les enquêtes sur cautionnement, et ce, dans le but d'assurer davantage d'uniformité dans les conditions de la mise en liberté sous caution<sup>159</sup>.

De plus, lorsqu'on réfléchit abstraitement aux changements souhaités, il demeure impossible de prévoir toutes les situations qui se produiront. C'est ainsi, par exemple, que des personnes d'abord arrêtées ont été remises en liberté parce que la Couronne retarde maintenant le moment où les accusations seront déposées pour éviter de faire démarrer le chronomètre. Alors qu'auparavant les accusations étaient immédiatement portées, avant que l'enquête soit terminée, voilà qu'à la suite de l'arrêt *Jordan*, la Direction des poursuites criminelles et pénales (DPCP) a demandé aux policiers de lui remettre un dossier d'enquête complet avant de porter des

---

156. A. PINEDA, préc., note 17, p. A1.

157. *Id.*

158. *Id.*, p. A8.

159. Gabrielle GIRODAY, « Bail under Scrutiny », *Law Times*, 11 septembre 2017, [En ligne] [[www.lawtimesnews.com/author/gabrielle-giroday/bail-under-scrutiny-13647/](http://www.lawtimesnews.com/author/gabrielle-giroday/bail-under-scrutiny-13647/)] (15 septembre 2017); Jacques GALLANT, « Judges to Preside over Bail Hearings at Two Courthouses », *Toronto Star*, 2017, p. [En ligne] [[www.thestar.com/news/gta/2017/09/13/judges-to-preside-over-bail-hearings-at-two-courthouses.html](http://www.thestar.com/news/gta/2017/09/13/judges-to-preside-over-bail-hearings-at-two-courthouses.html)] (15 septembre 2017).

accusations, ce qui fait craindre aux policiers que, sans accusation, les gens arrêtés lors d'une perquisition où des stupéfiants en quantité importante ont été saisis poursuivent leur commerce ou même prennent la fuite<sup>160</sup>.

De même, le débat dans chaque affaire où est invoqué l'arrêt *Jordan* consiste à déterminer s'il est question d'un cas simple ou d'un cas complexe<sup>161</sup>. La défense plaide parfois, malgré le caractère volumineux de la preuve, que c'est un cas simple, qui ne justifie donc pas le délai, alors que la Couronne prétend le contraire. Si la théorie du droit a depuis longtemps proposé une distinction entre les cas simples et les cas complexes<sup>162</sup>, la difficulté à l'établir dans la pratique du droit demeure réelle : « Le juge de la Cour du Québec, Salvatore Mascia, semblait songeur sur cette question. « Depuis *Jordan*, [la défense] dit que toutes les causes sont simples, a-t-il affirmé. Peut-on s'entendre que c'est une affaire moyennement complexe? ». La défense est toutefois demeurée campée sur ses positions<sup>163</sup>. »

La théorie génétique du droit et de la gouvernance nous apprend que, sans la mise en place de dispositifs susceptibles de pallier les blocages, les acteurs n'arrivent pas à reconnaître le problème et les solutions possibles, outre qu'ils adoptent les mêmes cadres interprétatifs qu'ils mobilisent spontanément et qu'ils reproduisent des comportements identiques (identités d'action)<sup>164</sup>. Il ne suffit pas, pour le dire autrement, d'en appeler à un changement de culture, et ce, même si l'appel est drapé de l'autorité du plus haut tribunal du pays, pour que s'opère automatiquement

---

160. Jean-François NERON, « Arrêt Jordan : des policiers obligés de changer leurs méthodes », *Le Soleil*, 7 juillet 2017, [En ligne] [www.lapresse.ca/le-soleil/justice-et-faits-divers/201707/06/01-5113964-arret-jordan-des-policiers-obliges-de-changer-leurs-methodes.php] (15 septembre 2017).

161. Geneviève GARON, « La plus grosse fraude fiscale de l'histoire du Québec pourrait finir en queue de poisson », *Radio-Canada*, 13 juillet 2017, [En ligne] [beta.radio-canada.ca/nouvelle/1044937/fraude-fiscale-echapper-tribunaux-arret-jordan-quebec-metaux-kitco] (15 septembre 2017).

162. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961.

163. G. GARON, préc., note 161.

164. J. LENOBLE et M. MAESSCHALCK, préc., note 86.

la transformation réflexive souhaitée : « supposer que l'adaptation de ces perceptions dominantes et des formes de vie organisées qui leur correspondent se fait automatiquement ou est directement liée à la seule mise en œuvre du mécanisme formel conditionnant l'acceptabilité de la norme, revient à méconnaître cette réflexivité<sup>165</sup> ». C'est en cela que les approches procédurales réflexives actuelles sont insuffisantes : « elles restent en défaut de mettre en place les dispositifs nécessaires pour organiser cette capacité réflexive des acteurs à identifier les divers possibles effectifs en fonction desquels l'opération de sélection de la norme pertinente sera à opérer<sup>166</sup> ». Selon Lenoble et Maesschalck, il faut organiser la réflexivité, puisqu'elle n'opère pas d'elle-même :

L'efficience d'une norme à faire émerger une forme de vie jugée rationnellement acceptable suppose, indépendamment des procédures discursives mobilisées pour sélectionner ce qui est rationnellement acceptable, que soient mobilisés les dispositifs rendant possible cette capacité réflexive à reconstruire réflexivement les problèmes et les perceptions dont la prise en compte rendra possible l'instauration effective d'une nouvelle forme de vie<sup>167</sup>.

Ainsi, au-delà d'un arrêt qui dicte des délais et qui en appelle à un changement de culture juridique, il convient d'accroître les capacités de réflexivité des acteurs du système judiciaire sur les conditions de production des normes et de mise en œuvre des procédures juridiques. L'effectivité du droit d'être jugé dans un délai raisonnable dépendra de ce qui sera mis en place « pour rendre possible la reconstruction réflexive par les acteurs mobilisés de ce qui motivera leur instauration effective d'une nouvelle forme de vie concrète<sup>168</sup> ». Cette nouvelle forme de vie, c'est précisément la nouvelle culture juridique souhaitée par la Cour suprême : « Sans l'organisation de cette capacité réflexive commune et des formes de négociation qu'elle implique entre les destinataires finaux des

---

165. *Id.*, p. 119-120.

166. *Id.*, p. 120.

167. *Id.*

168. *Id.*

normes à construire, l'injonction normative risque de rester inefficace, quelle que soit la pertinence de l'objectif jugé légitime<sup>169</sup>. »

Pour cela, la solution sera de créer des dispositifs de gouvernance de la justice qui permettront d'abord une prise de conscience, par les différents acteurs, des blocages qui empêchent l'adoption de nouveaux comportements et de façons de faire inédites. Comme il est proposé ici, cela doit au départ s'effectuer sur la base d'une prise de conscience du passage du droit du gouvernement au modèle du droit de la gouvernance. La rationalité du droit en est alors modifiée, ses modes de production également : plutôt que de provenir du modèle hiérarchique de la pyramide, le droit est produit en réseau<sup>170</sup>. C'est dans ce contexte qu'il convient d'organiser les dispositifs de gouvernance nécessaires au changement de culture juridique :

Les opérations de jugement qui conditionnent le choix de la forme de vie idéalisée jugée rationnellement acceptable, la détermination rationnelle de la norme censée rendre possible la réalisation effective de cet objectif, d'une part, et, d'autre part, la transformation effective de la forme de vie que l'application de cette norme rendra possible sont distinctes et asymétriques. C'est l'articulation croisée de cette asymétrie que doit rencontrer le dispositif de gouvernance<sup>171</sup>.

Pour qu'un tel changement de culture s'accomplisse, il ne suffit pas de demander des ressources supplémentaires, en termes par exemple de nombre de juges, ou d'affecter des juges de la chambre civile aux affaires pénales et criminelles. Il faut en outre imaginer et mettre en place les mécanismes de gouvernance susceptibles d'entraîner de nouvelles identités d'action. Cela exige la tenue de forums, de colloques, de sommets de la justice, où les

---

169. *Id.*

170. François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

171. J. LENOBLE et M. MAESSCHALCK, *préc.*, note 86, p. 120.

différents acteurs du réseau de la justice expliquent, selon leur point de vue, ce qui cause des délais indus, examinent ensemble les multiples possibilités d'action, remettent en cause leurs méthodes, envisagent des solutions, proposent des innovations procédurales, mettent au point et expérimentent des processus originaux, etc. L'éducation et la formation des juristes et des praticiens en ce domaine doivent également être appropriées. Cependant, la création de mécanismes participatifs, délibératifs ne peut suffire : la réflexivité doit se poursuivre, au-delà de la discussion, et être encadrée. Puisque le modèle de la gestion semble s'imposer, on devra faire appel à des gestionnaires des instances, ces tiers qui s'assureront que les parties prenantes réfléchissent à toutes les étapes procédurales d'une instance, pour qu'ils deviennent des praticiens réflexifs<sup>172</sup>. Ainsi, le savoir pratique développé dans l'agir professionnel deviendra lui-même objet de connaissance et de réflexion, et il s'autorévisera :

Pour ce faire, il faut organiser la capacité réflexive des acteurs jugés réflexivement concernés à reconstruire leurs problèmes en vue, sur cette base, de définir, moyennant le respect des conditions formelles d'acceptabilité rationnelle, les possibles effectifs qui conditionnent la forme de vie qu'ils jugent acceptable. La construction des acteurs et de l'agenda exigent une construction des capacités de cette réflexivité qui ne peut être supposée réunie par la seule mobilisation des capacités formelles de l'argumentation ou de quelque autre mécanisme formel<sup>173</sup>.

À titre d'exemple, c'est à un pareil changement de culture juridique qu'en appelle le législateur québécois en adoptant sa récente réforme du *Code de procédure civile*<sup>174</sup>, qui fait davantage place aux modes de règlement des différends tels que la médiation. Des recommandations ont été élaborées en vue de réussir un tel

---

172. Donald A. SCHÖN, *Le praticien réflexif. À la recherche du savoir caché dans l'agir professionnel*, Montréal, Éditions Logiques, 1994.

173. J. LENOBLE et M. MAESSCHALCK, préc., note 86, p. 120.

174. *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25.01.

changement de culture<sup>175</sup>. Là aussi, il a été proposé que l'obligation de considérer les modes de prévention et de règlement des différends (PRD) « devrait se manifester par des comportements mesurables<sup>176</sup> ». Le formalisme d'un nouveau code ne saurait suffire à provoquer la transformation souhaitée, car celle-ci exige la mise en œuvre de mécanismes et de procédures nécessaires pour créer les changements requis<sup>177</sup>. Tant pour la procédure civile que pour la procédure en matière pénale et criminelle, le défi se révèle le même : comment créer ce changement de culture juridique? La théorie du droit de la gouvernance peut être convoquée pour réfléchir à cette question. Et la première étape était sans doute de réaliser que l'arrêt *Jordan* s'inscrit dans un nouveau paradigme juridique, celui du droit de la gouvernance.

## Conclusion

L'arrêt *Jordan* est un jugement issu du droit de la gouvernance. La division entre les neuf juges de la Cour suprême illustre le débat entre les différentes conceptions de la gouvernance et du droit de la gouvernance. Si, d'une part, les opinions émises démontrent que les logiques de l'économie et de la gestion s'insinuent de plus en plus dans le raisonnement des juges, selon une gouvernance par les nombres et une rationalité économique de l'efficacité, d'autre part, le jugement cherche à rendre le droit d'être jugé dans un délai raisonnable plus effectif et à provoquer un changement de culture au sein de la communauté juridique.

Bien que les juges de la Cour suprême se soient divisés, cinq contre quatre, il ne saurait être question d'attacher à l'un ou l'autre

---

175. Jean-François ROBERGE, S. Axel-Luc HOUNTOHOTEGBE et Elvis GRAHOVIC, « L'article 1<sup>er</sup> du *Nouveau Code de procédure civile* du Québec et l'obligation de considérer les modes de PRD : des recommandations pour réussir un changement de culture », (2015) 49 *R.J.T.U.M.* 486.

176. *Id.*, p. 506.

177. Stéphane BERNATCHEZ, « Le nouveau *Code de procédure civile* du Québec et les modes de PRD : les conditions de possibilité d'une transformation de la justice », dans Louise LALONDE et Stéphane BERNATCHEZ (dir.), *Le nouveau Code de procédure civile* du Québec. « Approche différente » et « accès à la justice civile »?, Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., 2014, p. 227.



des deux groupes de juges une conception du droit de la gouvernance en particulier. En fait, le jugement qui fait autorité et qui fixe des plafonds peut être compris soit comme un jugement appartenant au modèle économique de gouvernance par les nombres – c'est ainsi que le comprend le groupe de quatre juges pour qui le juge Cromwell a rédigé l'opinion concordante –, soit comme un jugement relevant du modèle génétique de gouvernance qui propose un changement de culture juridique en voulant assurer l'effectivité du droit d'être jugé dans un délai raisonnable – c'est ainsi que les cinq autres juges semblent concevoir leur propre jugement.

À l'une des extrémités du spectre de la gouvernance, la conception économique n'insiste que sur l'efficacité et l'efficience. Limité à la logique des moyens propre à la rationalité instrumentale, le jugement juridique peut ne devenir qu'une mesure chiffrée, ce qui conduit à l'inféodation du droit par la raison économiste et les diktats de la gestion. Les juristes abdiquent ainsi leur fonction devant l'envahissement de la logique des sciences de l'économie et de la gestion. S'exprime alors la crainte de voir la raison économiste envahir, après la morale<sup>178</sup>, le droit<sup>179</sup> :

L'idée que l'économie serait une science indépendante des jugements de valeur propres à la morale et à la philosophie politique a toujours été sujette à caution, mais l'ambition vantarde des économistes contemporains rend cette thèse encore moins défendable : plus les marchés s'insinuent dans les sphères non économiques de la vie, plus leur intrication avec les questions morales se complexifie<sup>180</sup>.

De même que l'économie n'est pas une science morale, elle ne saurait être une science juridique. C'est sans doute ce double constat que voulait exprimer Pierre-Joseph Proudhon lorsqu'il a écrit : « Avais-je tort de dire, en commençant ce chapitre, que les économistes sont la pire espèce d'autorités en matière de législation

---

178. A. LACROIX, préc., note 24.

179. A. SUPLOT, préc., note 6.

180. M.J. SANDEL, préc., note 12, p. 155.

et de philosophie?<sup>181</sup> ». En ce sens, l'économisme et la gestion ne peuvent servir de discours juridique unique, plus particulièrement en matière de droits et libertés.

En effet, à l'autre extrémité du spectre, la philosophie politique aborde la gouvernance à partir du critère de la légitimité démocratique. Insistant notamment sur la démocratie délibérative et participative, l'exigence de légitimité cherche à pallier les insuffisances de la démocratie représentative. La vertu civique des citoyens est alors interpellée, dans une conception positive de la liberté politique. Dans cette optique, l'efficacité du système judiciaire devient une condition de possibilité de l'effectivité du droit d'être jugé dans un délai raisonnable, sinon une conception de possibilité de légitimité du droit et de la justice, ou de légitimation des institutions publiques<sup>182</sup>.

La théorie de la gouvernance insiste sur la rencontre entre ces deux conceptions, en reconnaissant que la gouvernance est issue de ce double fondement, économique et politique<sup>183</sup>. Construite à la fois sur l'exigence d'efficacité de la science économique et sur l'exigence de légitimité de la philosophie politique, la gouvernance insuffle une nouvelle dynamique à la théorie juridique contemporaine. Celle-ci doit en effet intégrer ces deux exigences en une exigence d'effectivité du droit qui reconnaît que la réflexion fondamentale sur le droit consiste à réfléchir les conditions de possibilité de son effectivité régulatoire<sup>184</sup>.

---

181. Pierre-Joseph PROUDHON, *Qu'est-ce que la propriété?*, Paris, 1840, ch. 3 : « Du travail, comme cause efficiente de la propriété », p. 61.

182. Voir notamment D. MOCKLE, préc., note 63.

183. J. LENOBLE et M. MAESSCHALCK, préc., note 86.

184. Jacques LENOBLE, « Pour une théorie génétique du droit », dans Stéphane BERNATCHEZ et Louise LALONDE (dir.), *Approches et fondements du droit* (à paraître).

La théorie de la gouvernance offre donc une solution de rechange à cette gouvernance par les nombres, où l'efficacité y paraît moins dans sa dimension strictement économique et davantage comme une condition de possibilité de l'effectivité du droit. Cette conception génétique permet de comprendre les conditions de possibilité du changement de culture nécessaire pour rendre le droit d'être jugé dans un délai raisonnable plus effectif. À défaut de s'intéresser aux travaux en théorie de la gouvernance, les juristes ne peuvent bien comprendre l'arrêt *Jordan*. Or, l'objectif premier de la théorie juridique demeure de donner sens à la pratique du droit : pour cela, le détour par la théorie du droit de la gouvernance paraît inévitable.

**RDUS**

**Revue de DROIT**  
**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** L'action en concurrence déloyale et les recours indemnitaires canadiens en matière de concurrence : quel dialogue en droit civil québécois?

**Auteur(s) :** Benjamin Lehaire

**Revue :** *RDUS*, 2016, volume 46, numéro 3

**Pages :** **507-543**

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/13622>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/13622>

*Page vide laissée intentionnellement.*

**L'ACTION EN CONCURRENCE DÉLOYALE  
ET LES RECOURS INDEMNITAIRES CANADIENS  
EN MATIÈRE DE CONCURRENCE :  
QUEL DIALOGUE EN DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS?**

par Benjamin LEHAIRE\*

*Dans le présent article, l'auteur propose de définir l'identité de l'action en concurrence déloyale, telle qu'elle ressort de l'article 1457 du Code civil du Québec. Dressant le tableau des recours indemnitaires en droit de la concurrence, il détermine la nature juridique de chaque action afin de comprendre ce qui distingue le recours civiliste en concurrence déloyale au Québec des recours indemnitaires offerts dans la Loi sur la concurrence et la Loi sur les marques de commerce. Il propose trois critères distinctifs afin de démontrer que seul le recours de l'article 1457 du Code civil du Québec est véritablement une action en concurrence déloyale, contrairement à ce que suggère la jurisprudence. L'objectif est de redonner à l'action en concurrence déloyale une véritable identité civiliste sans transposer l'analyse du droit français à cette notion. In fine, l'auteur parvient à une analyse contextuelle propre au droit québécois.*

---

*This study seeks to determine the nature of unfair competition actions in relation to article 1457 of the Civil Code of Québec. It presents an inventory of the remedies available in competition law and examines the legal nature of each type of recourse in order to set out their distinguishing features, particularly with regard to the civil law as compared to compensatory recourses provided for by the Competition Act and the Trade-Marks Act. The writer proposes three distinctive criteria for determining that only article 1457 Civil Code of Québec can be viewed as a true action in unfair competition, contrary to what is suggested in current jurisprudence. The goal is to restore to this type of recourse its true civilian identity without transposing the analysis proposed in French law to the particular legal situation in Quebec.*

---

\*. Professeur, École des sciences de l'administration, Université TELUQ.

## SOMMAIRE

<b>Introduction</b> .....	509
<b>I. Les différentes actions indemnitaires en matière de concurrence</b> .....	512
A. L'action « complète » en concurrence déloyale : l'article 1457 du <i>Code civil du Québec</i> .....	513
B. L'action « partielle » en concurrence déloyale : l'article 7 de la <i>Loi sur les marques de commerce</i> .....	516
C. L'action « spéciale » de l'article 36 de la <i>Loi sur la concurrence</i> : l'illusion d'une action en concurrence déloyale .....	518
<b>II. Les critères de distinction des actions indemnitaires en matière de concurrence</b> .....	522
A. Le constat d'une jurisprudence confuse .....	522
B. Les critères de distinction des recours indemnitaires en droit de la concurrence .....	525
1. Le critère de la moralité de l'acte concurrentiel .....	525
2. Le critère constitutionnel issu de la compétence exclusive des provinces en droit civil .....	531
3. Le critère de l'usage excessif de la liberté du commerce : élément de distinction entre la concurrence déloyale et le recours privé de l'article 36 de la <i>Loi sur la concurrence</i> .....	537
<b>Conclusion</b> .....	541

## Introduction

Dans son mémoire de maîtrise publié en 1979, Pierre Bourbonnais apportait une pierre nouvelle à l'édifice du droit commercial, en rédigeant un travail consacré à l'action en concurrence déloyale en droit canadien et en droit québécois. Jusque-là, les écrits étaient rares et partiels sur le sujet<sup>1</sup>. Aujourd'hui encore, les ouvrages de droit consacrés à la responsabilité civile ne comportent pas de paragraphe réservé à cette action pourtant fondée sur l'article 1457 du *Code civil du Québec*<sup>2</sup>. D'où vient cette absence? Peut-être d'une difficulté du droit civil québécois à appréhender cette action dérivée originellement de la common law canadienne, mais dont les racines civilistes françaises ne peuvent être niées dans les contrées francophones en Amérique du Nord? De plus, la présence du droit fédéral à travers la *Loi sur les marques de commerce* (ci-après « L.m.c. »)<sup>3</sup> ajoute un peu plus à la difficulté théorique pour le droit civil de s'approprier cette action singulière. Jusqu'en 2014, l'alinéa 7 e) L.m.c. offrait un recours général en concurrence déloyale. Cet alinéa faisait dire à Pierre Bourbonnais : « L'article 7 (e) de la *Loi sur les marques de commerce* ne constitue-t-il pas finalement la formulation, en matière de relation commerciale, de notre droit de la responsabilité civile consacré par l'article 1053 [du *Code civil du Bas Canada* ou] C.c.B.C.<sup>4</sup>? »<sup>5</sup> L'auteur rappelle alors qu'il sera utile pour le droit civil québécois de renouer « avec un droit qui s'est merveilleusement développé en France<sup>6</sup> ». Depuis 2014, l'alinéa 7 e)

- 
1. André NADEAU et Richard NADEAU, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1971, p. 219, n° 202; Léon MERCIER GOUIN, *Cours de droit industriel*, t. 1, Montréal, École des hautes études commerciales, 1937, p. 192.
  2. *Code civil du Québec*, RLRQ, c. C-1991.
  3. *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. 1985, c. T-13.
  4. *Acte concernant le Code civil du Bas Canada*, S.P.C. 1865, c. 41, art. 1053.
  5. Pierre BOURBONNAIS, *L'action en concurrence déloyale en droit canadien et québécois*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1979, p. II et III.
  6. *Id.*, p. III.



a été abrogé pour des raisons constitutionnelles<sup>7</sup>. En effet, le législateur a finalement pris acte de la position de la Cour suprême du Canada. Celle-ci avait considéré plusieurs années auparavant que cet article empiétait manifestement sur la compétence des provinces en matière de propriété et des droits civils<sup>8</sup>. Il reste aujourd'hui certaines fautes de concurrence déloyale spécialement prévues par la L.m.c. Cette disposition est redondante par rapport à la conception classique de la concurrence déloyale en droit civil. On constate alors un glissement du droit fédéral vers les préceptes civilistes, bien loin du concept unique d'action pour commercialisation trompeuse ou tromperie commerciale (*passing-off*) de la common law.

En droit de la concurrence, les initiés savent que les recours de nature civile sont difficiles à installer dans le paysage juridique fédéral. Citons à ce titre la difficulté du droit fédéral de la concurrence à instaurer des dispositions civiles pendant tout le XX<sup>e</sup> siècle, condamné à rester une discipline dérivée du droit criminel<sup>9</sup>. L'article 36 de la *Loi sur la concurrence*<sup>10</sup> (ci-après « L.c. »), prévoyant un recours en réparation spécifique pour les victimes d'infractions à cette loi, a finalement été reconnu compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>11</sup>. Plus tard, durant les années 2000, le législateur ouvrira la voie à un recours privé strictement injonctif devant le Tribunal de la concurrence<sup>12</sup>. Cependant, la jurisprudence exprime une tendance, depuis la fin des années 80, à qualifier toute action touchant à la concurrence d'« action en concurrence déloyale ». C'est là toutefois une erreur sémantique qu'il convient de

---

7. Maxime-Olivier THIBODEAU, *Résumé législatif du projet de loi C-8 : Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur, la Loi sur les marques de commerce et d'autres lois en conséquence*, publication n° 41-2-C8-F, Ottawa, Service d'information et de recherche parlementaires, Bibliothèque du Parlement, 11 février 2014, p. 11.

8. *MacDonald et al. c. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134.

9. STIKEMAN ELLIOT (avocats), *Competition Act & Commentary*, Toronto, LexisNexis Canada, 2015, p. 7.

10. *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34.

11. *General Motors of Canada Limited c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641.

12. L.c., art. 103.1.

corriger par une réhabilitation de l'identité purement civiliste du recours en concurrence déloyale tel qu'il ressort de l'article 1457 C.c.Q.

Ces éléments théoriques nous amènent ainsi à nous interroger sur la nature de l'action en concurrence déloyale au Québec pour comprendre quel comportement commercial elle sanctionne et comment les praticiens peuvent s'y retrouver et utiliser efficacement ces différentes formes d'action en concurrence déloyale. La relative dispersion des fondements de l'action en concurrence déloyale affaiblit, à notre avis, sa compréhension et sa portée pratique. Elle constitue pourtant une protection judiciaire non négligeable en vue d'assainir les pratiques commerciales.

Notre étude propose, dans la suite de notre ouvrage sur la concurrence déloyale publiée en 2015<sup>13</sup>, de clarifier les fondements de l'action en concurrence déloyale pour délimiter le contour de l'action provinciale et celui des actions fédérales, ces dernières comprenant l'action des articles 7 et 53.2 L.m.c. et de l'article 36 L.c. Ces éléments n'ont pas été abordés en l'état dans notre ouvrage de 2015 mais simplement soulevés. Rappelons que notre publication se voulait d'abord une étude synthétique sur l'action en concurrence déloyale au Québec. Aussi le lecteur pourra-t-il trouver dans la présente étude des éléments du chapitre premier de notre ouvrage, dont l'objet est de poser les éléments notionnels élémentaires à la compréhension des développements de notre article.

L'objectif de notre étude est double ici. Nous voulons d'abord renforcer la compréhension théorique du droit de la concurrence en

---

13. Benjamin LEHAIRE, *L'action en concurrence déloyale en droit civil québécois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015. Ce livre fait lui-même suite à nos recherches doctorales portant précisément sur le recours de l'article 36 de *Loi sur la concurrence* mis en perspective avec le droit français et publié en 2016 : voir Benjamin LEHAIRE, *L'action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles : pour un recours effectif des entreprises et des consommateurs en droits français et canadien*, coll. Minerve, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2016.

distinguant la concurrence interdite issue de la L.c. de la concurrence déloyale. Ensuite, nous tenterons de tirer les enseignements pratiques de ces distinctions et de rétablir une terminologie précise que pourront employer les tribunaux du Québec. Pour répondre à ces deux objectifs, nous ferons, en premier lieu, une analyse historique de l'article 7 L.m.c. qui, à notre connaissance, n'a jamais été entreprise au Québec et au Canada, afin de déterminer l'origine de chacun des recours indemnitaires étudiés (partie I). En second lieu, nous proposerons des critères précis et originaux de distinction des différents recours indemnitaires en matière de concurrence (partie II). Notre article consistera donc en une recherche complémentaire sur des aspects entraperçus dans notre ouvrage. Il s'inscrira aussi dans la lignée de nos études doctorales qui portaient notamment sur l'effectivité du recours en réparation des victimes de pratiques anticoncurrentielles. Cependant, notre thèse ne traitait pas de ces problématiques et se concentrait plutôt sur les questions liées à l'indemnisation des personnes ayant subi des préjudices concurrentiels dans une approche comparative entre la France et le Canada. Nous avons donc souhaité, dans les lignes qui suivent, continuer l'exploration des recours indemnitaires en droit de la concurrence dans le contexte du droit civil québécois.

Nous présenterons d'abord les différentes formes d'actions indemnitaires en droit de la concurrence (partie I), puis les critères de distinction de ces différentes actions indemnitaires, afin de comprendre en pratique laquelle doit s'appliquer selon la faute reprochée au commerçant (partie II).

## **I. Les différentes actions indemnitaires en matière de concurrence**

Les droits québécois et canadien proposent trois actions indemnitaires permettant de lutter contre un acte contraire à la concurrence. En droit québécois, il existe une action que nous qualifions de « complète » en concurrence déloyale, soit celle qui est issue de l'article 1457 C.c.Q. (A). L'autre action en concurrence déloyale provient du droit canadien, et nous la qualifions de

« partielle ». Elle est prévue par l'article 7 L.m.c. (B). Vient enfin l'action dite « spéciale » de l'article 36 L.c. qui, dans un sens strict, n'est pas une action en concurrence déloyale, ainsi que nous le décrirons dans la deuxième partie de notre étude (C). Comme nous la qualifions de spéciale, nous souhaitons mettre l'accent sur le fait que c'est une action différente des deux autres recours présentés.

### **A. L'action « complète » en concurrence déloyale : l'article 1457 du Code civil du Québec**

En droit québécois, comme en droit français, l'action en concurrence déloyale est historiquement née d'une application jurisprudentielle de la responsabilité civile délictuelle<sup>14</sup>. Au Québec, les décisions rendues par les tribunaux en matière de concurrence déloyale l'ont donc été d'abord sous l'empire de l'article 1053 C.c.B.C. puis de l'article 1457 C.c.Q. Il est nécessaire, pour engager une action en concurrence déloyale, d'avoir recours à la notion de faute. On trouve bien sûr la trilogie civiliste de la faute, du préjudice et du lien de causalité. À première vue, rien de particulier ne distingue l'action en concurrence déloyale d'une action classique en responsabilité civile extracontractuelle. Pourtant, la doctrine française a élaboré au milieu du siècle dernier une théorie de l'action en concurrence déloyale qui s'applique également au Québec<sup>15</sup>. En effet, la doctrine québécoise se range sans réserve derrière la théorie française pour faire application de l'action en concurrence déloyale dans un contexte civiliste et francophone<sup>16</sup>. Le doyen Paul Roubier, juriste français, est le père de l'action en concurrence déloyale dans sa conception moderne. Dans un article

---

14. A. NADEAU et R. NADEAU, préc., note 1, p. 220.

15. Voir par exemple : Eugène POUILLET, *Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale*, Paris, L.G.D.J., 1883; Louis MERMILOD, *Essai sur la notion de concurrence déloyale en France et aux États-Unis*, Paris, L.G.D.J., 1954; Antoine PIROVANO, « La concurrence déloyale en droit français », (1974) *R.I.D.C.* 467. Pour des ouvrages contemporains des écrits français au Québec, voir : A. NADEAU et R. NADEAU, préc., note 1, par. 202; P. BOURBONNAIS, préc., note 5; L. MERCIER GOUIN, préc., note 1.

16. Charlaïne BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise*, t. 2, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 305.

publié en 1948<sup>17</sup>, il livre une analyse théorique synthétique et pertinente pour analyser la jurisprudence rendue en France dans ce domaine. Il propose ainsi de retenir trois types de fautes de concurrence déloyale : la confusion ou commercialisation trompeuse, le dénigrement et la désorganisation de l'entreprise rivale ou du marché en général. Aujourd'hui encore, cette typologie est appliquée au Québec.

La confusion entre les produits est aussi appelée « délit de commercialisation trompeuse ». Elle consiste, pour l'entreprise qui commet cette faute, à faire passer ses produits ou ses services pour ceux d'un autre. Le consommateur croit alors se procurer un bien ou un service d'une entreprise concurrente. Cela devient problématique si le bien ou le service en question se révèle moins efficace que celui du compétiteur copié. Il en résultera une déception du public qui pourrait nuire au concurrent copié<sup>18</sup>.

Le dénigrement a pour objet de « discréditer une maison rivale aux yeux du public en attaquant sa réputation ou en dépréciant les produits qu'elle fabrique ou vend. Ces actes s'apparentent à ceux donnant ouverture à l'action en diffamation<sup>19</sup> ».

Enfin, la manœuvre de désorganisation d'une entreprise rivale est « une conduite qui s'attaque aux œuvres vives d'une maison rivale, aux secrets de sa fabrication et de ses affaires, à la

---

17. Paul ROUBIER, « Théorie générale de la concurrence déloyale », (1948) 1 *RTD Com.* 1948, 541.

18. Barry GAMACHE, « Confusion », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit des affaires », *Droit de la propriété intellectuelle*, fasc. 17, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, p. 17/6, n° 5; Barry GAMACHE, « Quand le sort s'acharne sur la veuve (Clicquot) et l'orphelin(e) (Barbie) ou la protection des marques de commerce célèbres au Canada après les arrêts Mattel et Veuve Clicquot Ponsardin de la Cour suprême du Canada », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, vol. 256, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle (2006)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 37; Simon LEMAY, « La confusion », (2001) 14/1 *C.P.I.* 291, 297.

19. Mistrale GOUDREAU, « Concurrence déloyale en droit privé – commentaires d'arrêts », (1984) 15 *Rev. Gen.* 133, 155.

fidélité et à la loyauté de son personnel, à l'organisation de sa publicité, à la transmission régulière de ses commandes<sup>20</sup> ».

Plus récemment, un quatrième type de faute a fait son entrée en droit québécois, soit la concurrence parasitaire. La Cour d'appel, dans sa décision *Groupe Pages jaunes Cie c. 4143868 Canada inc.* de 2011<sup>21</sup>, a reconnu la validité de cette faute en droit québécois. Elle rejoint ainsi le droit français qui avait de longue date admis cette faute particulière de concurrence déloyale. Arnaud Lecourt propose la définition suivante du parasitisme économique :

Il consiste à exploiter la notoriété des signes distincts ou de la publicité ou des investissements créés par un opérateur économique relevant d'une autre branche d'activité. L'agent économique ne cherche pas à créer une confusion et, s'il existe tout de même un risque de confusion, il ne s'accompagne pas d'un détournement de clientèle parce que les opérateurs agissent sur des marchés différents<sup>22</sup>.

Dans cette définition, on perçoit bien que le parasitisme est un parent de la confusion. Notre propos n'est pas de discuter du bien-fondé de cette introduction qui fait par ailleurs débat<sup>23</sup>. Nous nous contenterons de relever l'évolution du droit québécois relativement à cette question.

L'action en concurrence déloyale est une action personnelle en réparation offerte aux entreprises victimes d'actes contraires aux honnêtes usages du commerce. En effet, la « déloyauté » est une

---

20. P. ROUBIER, préc., note 17, p. 566.

21. *Groupe Pages jaunes cie c. 4143868 Canada inc.*, 2011 QCCA 960.

22. Arnaud LECOURT, *La concurrence déloyale*, Paris, L'Harmattan, 2004, p. 35.

23. Selon nous, il s'agirait, avec respect pour la Cour d'appel, d'une erreur d'interprétation d'un article de Jean-Louis Baudouin : voir Jean-Louis BAUDOUIN, « Le parasitisme », (2001) 31 *R.G.D.* 789. La notion de parasitisme est née en France sous la plume d'Yves SAINT-GAL, « Concurrence déloyale et concurrence parasitaire », (1956) *R.I.P.I.A.* 19. On peut lire aussi à ce sujet : Jean-Jacques BURST, *Concurrence déloyale et parasitisme*, Paris, Dalloz, 1993; Philippe LE TOURNEAU, *Le parasitisme*, Paris, Litec, 1998. Ce dernier ouvrage est à l'origine de l'analyse de Jean-Louis Baudouin et a été repris par la Cour d'appel en 2011.

notion renvoyant à une idée de moralité. De plus, le fondement universel de l'action en responsabilité civile extracontractuelle assure une longévité et une malléabilité de l'action pour tout type de comportement déloyal. Ainsi, l'action en concurrence déloyale, dans son acception traditionnelle issue de la responsabilité civile, est une action complète en concurrence déloyale. À l'inverse, les recours proposés par le droit fédéral ne sont que partiels ou spéciaux.

**B. L'action « partielle » en concurrence déloyale : l'article 7 de la *Loi sur les marques de commerce***

Jusqu'en 2014, le recours de l'article 7 L.m.c. pouvait lui aussi prétendre au qualificatif d'« action complète ». À cette époque, il se présentait ainsi :

Nul ne peut :

a) faire une déclaration fausse ou trompeuse tendant à discréditer l'entreprise, les marchandises ou les services d'un concurrent;

b) appeler l'attention du public sur ses marchandises, ses services ou son entreprise de manière à causer ou à vraisemblablement causer de la confusion au Canada, lorsqu'il a commencé à y appeler ainsi l'attention, entre ses marchandises, ses services ou son entreprise et ceux d'un autre;

c) faire passer d'autres marchandises ou services pour ceux qui sont commandés ou demandés;

d) utiliser, en liaison avec des marchandises ou services, une désignation qui est fausse sous un rapport essentiel et de nature à tromper le public en ce qui regarde :

(i) soit leurs caractéristiques, leur qualité, quantité ou composition,

(ii) soit leur origine géographique,

(iii) soit leur mode de fabrication, de production ou d'exécution;

e) faire un autre acte ou adopter une autre méthode d'affaires contraire aux honnêtes usages industriels ou commerciaux ayant cours au Canada.

Depuis 2014, l'alinéa e) a été abrogé. Dans l'affaire *MacDonald et al. c. Vapor Canada Ltd.*<sup>24</sup>, la Cour suprême du Canada avait exprimé, en 1977, son sentiment sur l'alinéa e). Il lui semblait trop général pour être constitutionnel. En effet, bien qu'elle soit propre au domaine de la concurrence déloyale, sa portée empiétait manifestement sur la compétence des provinces en matière de propriété et de droit civil. L'article 53.2 L.m.c. ouvre un recours en réparation pour les manquements aux dispositions de la loi. Il permet, entre autres, une réparation du préjudice. La compétence fédérale en matière de trafic et de commerce, soit l'article 91.2 de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>25</sup>, ne pouvait suffisamment légitimer ce droit à réparation. Contrairement à l'article 36 L.c., que nous étudierons ci-après, l'alinéa 7 e) ne fait pas partie d'un système d'application de la loi fédérale. Pour cette raison, le résumé législatif<sup>26</sup> précise que, près de 40 ans après la décision *MacDonald et al. c. Vapor Canada Ltd.*, le Parlement prend finalement acte de cette décision « pour le motif [que l'alinéa 7 e)] n'avait rien à voir avec les échanges ou les marques de commerce, ou encore avec d'autres formes de propriété intellectuelle relevant de la compétence législative fédérale<sup>27</sup> ».

Une analyse littérale de l'alinéa 7 e) ne permet pas de considérer qu'il intègre un régime de sanction propre à la propriété intellectuelle. Il parle de « faire tout acte ou d'adopter une autre méthode d'affaires contraire aux honnêtes usages industriels ou commerciaux ayant cours au Canada ». Cela englobait bien plus

---

24. *MacDonald et al. c. Vapor Canada Ltd.*, préc., note 8; *supra*, p. 4.

25. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.).

26. M.-O. THIBODEAU, préc., note 7.

27. *Id.*, p. 12.



que les actes liés à la propriété intellectuelle, tels qu'ils sont définis aux alinéas a) à d), lesquels reprennent globalement la typologie des fautes civiles du droit civil canadien de la concurrence déloyale. L'article 7 permettait alors de placer les provinces de common law sur un pied d'égalité avec le Québec. En effet, sans cet article, elles seraient limitées au délit civil (*tort*) de *commercialisation trompeuse*, c'est-à-dire au seul délit de common law consacré à la concurrence déloyale. Le recours au droit statutaire offrait aux provinces de common law la possibilité de bénéficier d'un large éventail de solutions civiles en matière de concurrence déloyale. Pour ces raisons, il s'agit désormais une action partielle en concurrence déloyale.

**C. L'action « spéciale » de l'article 36 de la Loi sur la concurrence : l'illusion d'une action en concurrence déloyale**

L'histoire de l'article 36 L.c. commence véritablement en 1989 quand la Cour suprême reconnaît au recours indemnitaire de la L.c. sa place dans le droit fédéral de la concurrence, en vertu de la compétence du Parlement d'Ottawa en matière de trafic et de commerce. L'article 36 énonce :

36 (1) Toute personne qui a subi une perte ou des dommages par suite :

a) soit d'un comportement allant à l'encontre d'une disposition de la partie VI;

b) soit du défaut d'une personne d'obtempérer à une ordonnance rendue par le Tribunal ou un autre tribunal en vertu de la présente loi,

peut, devant tout tribunal compétent, réclamer et recouvrer de la personne qui a eu un tel comportement ou n'a pas obtempéré à l'ordonnance une somme égale au montant de la perte ou des dommages qu'elle est reconnue avoir subis, ainsi que toute somme supplémentaire que le tribunal peut fixer et qui n'excède pas le coût total, pour elle, de toute enquête relativement à l'affaire et des procédures engagées en vertu du présent article.

L'article 36 consacre un droit à réparation propre aux victimes de pratiques anticoncurrentielles définies par la partie criminelle de la loi ou aux victimes d'une violation d'une ordonnance rendue dans le cadre de la loi par un tribunal. Ce droit à réparation, originellement numéroté 31.1, semblait ainsi empiéter sur la compétence des provinces en matière de propriété et de droit civil. Cependant, considérant que cette disposition venait *in fine* renforcer les autres dispositions répressives de la loi, la Cour suprême du Canada a jugé qu'il s'agissait d'un recours privé spécialement prévu pour les violations des dispositions criminelles antimonopolistiques, ne créant pas de recours général<sup>28</sup>. Dès lors, la disposition n'empiétait pas sur la compétence des provinces en matière de recours indemnitaire en droit civil.

Le premier constat est que ce recours se révèle spécial en droit de la concurrence fédéral. Il vise des infractions précises ayant causé un préjudice. En cela, ce n'est pas une action en concurrence déloyale. Finalement, la faute résulte de la définition légale apportée par le législateur aux infractions criminelles prévues dans la L.c. et non aux fautes civiles classiques de concurrence déloyale, comme nous l'avons vu au sujet de l'article 1457 C.c.Q., définition reprise en partie dans l'article 7 L.m.c. *A priori*, l'expression « action en concurrence déloyale » ne peut être retenue à propos de cette action indemnitaire en droit de la concurrence. Celle-ci est plutôt un recours statutaire et se rapproche davantage de l'article 7 L.m.c., en raison de son origine fédérale, que de l'article 1457 C.c.Q. Néanmoins, il est de coutume judiciaire d'invoquer dans la même

---

28. *General Motors of Canada Limited c. City National Leasing*, préc., note 11, p. 684 :

L'article 31.1 ne constitue qu'un recours parmi ceux que la Loi a établis pour décourager les pratiques monopolistiques. L'article 31.1 sert simplement à renforcer les autres sanctions prévues par la Loi [...] Il offre un recours de nature privée seulement pour des violations particulières de la Loi et ne crée pas un droit général d'action de nature privée.

procédure l'article 36 L.c. et l'article 1457 L.c., notamment pour bénéficier des facilités probatoires de l'article 36 (2) L.c.<sup>29</sup> :

(2) Dans toute action intentée contre une personne en vertu du paragraphe (1), les procès-verbaux relatifs aux procédures engagées devant tout tribunal qui a déclaré cette personne coupable d'une infraction visée à la partie VI ou l'a déclarée coupable du défaut d'obtempérer à une ordonnance rendue en vertu de la présente loi par le Tribunal ou par un autre tribunal, ou qui l'a punie pour ce défaut, constituent, sauf preuve contraire, la preuve que la personne contre laquelle l'action est intentée a eu un comportement allant à l'encontre d'une disposition de la partie VI ou n'a pas obtempéré à une ordonnance rendue en vertu de la présente loi par le Tribunal ou par un autre tribunal, selon le cas, et toute preuve fournie lors de ces procédures quant à l'effet de ces actes ou omissions sur la personne qui intente l'action constitue une preuve de cet effet dans l'action.

Ces facilités probatoires sont propres à l'action indemnitaire des victimes de pratiques anticoncurrentielles. Il n'y a pas d'équivalent au Québec ni dans la L.m.c. Cela conforte un peu plus la particularité et la spécialisation de cette action en droit de la concurrence. Que ce soit l'article 7 L.m.c. ou l'article 36 L.c., ils apparaissent plus comme des recours statutaires offerts aux provinces de common law, limitées par les *torts* reconnus par les tribunaux, que comme des recours indemnitaires dédiés à certaines situations de désordre concurrentiel afin d'y remédier le plus efficacement possible à l'échelle du Canada. Si tel était le cas, la L.c. ne se montrerait pas autant réticente à l'endroit des dommages-intérêts punitifs, pourtant reconnus dans la L.m.c. La vérité apparaît d'autant plus à la lumière du droit civil québécois caractérisé par l'universalité du recours de l'article 1457 C.c.Q. Au Québec, ces dispositions apparaissent plus comme des redondances que comme des recours salvateurs pour les

---

29. Les recours collectifs de consommateurs victimes d'une infraction à la L.c. le démontrent : voir l'affaire *Fédération des chambres immobilières du Québec c. DuProprio inc.*, 2016 QCCS 1633.

entreprises, faisant ainsi la démonstration de leur utilité en common law, plus qu'en droit civil québécois.

Faut-il néanmoins mettre sur un pied d'égalité l'article 7 L.m.c. et l'article 36 L.c.? La réponse est négative. Comme nous l'avons noté, l'article 36 L.c. offre un droit à la réparation intégrale du préjudice. En revanche, l'article 7 L.m.c., combiné à l'article 53.2 de cette loi, offre un éventail de sanctions privées beaucoup plus imaginaire. Notons simplement qu'il est possible, en vertu de la L.m.c., d'obtenir des dommages-intérêts punitifs, ce que par ailleurs ne permet pas l'article 36 L.c. Dans ce cas, pourquoi existe-t-il un traitement différencié quant aux remèdes entre ces deux actions? On touche ici à la limite d'un traitement unique des actions indemnitaires en droit de la concurrence. Ces actions ne s'inscrivent pas toutes dans le même contexte. La particularité de l'article 36 L.c., qui marque encore un peu plus sa singularité dans le paysage du droit de la concurrence, est qu'il s'inscrit dans une loi répressive poursuivant un objectif d'intérêt général à travers la préservation du marché. Cela expliquerait que des sanctions criminelles et des sanctions administratives pécuniaires sont imposées aux entreprises qui violent les dispositions de la L.c. Or, c'est bien parce que cette dernière offre des actions publiques répressives qu'il serait inutile d'ajouter une forme de peine privée offerte aux victimes de pratiques anticoncurrentielles<sup>30</sup>. La jurisprudence considère que les dommages-intérêts punitifs n'ont d'utilité que lorsqu'il n'existe aucune forme de répression étatique<sup>31</sup>. Dans ce cas, l'action en responsabilité civile joue un rôle normatif indispensable. La Cour suprême avait bien identifié en 1989 le rôle accessoire de l'article 36 aux côtés du système répressif plus large de la L.c. Or, c'est précisément cette absence de système répressif au sein de la L.m.c. qui n'a pas permis à la Cour suprême, en 1979,

---

30. Pour des développements à ce sujet, voir Suzanne CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, L.G.D.J., 1994.

31. *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, [2013] 3 R.C.S. 477, par. 141. Cependant, la Cour suprême s'est montrée par la suite plus prudente en considérant que les dommages-intérêts punitifs n'ont pas un rôle de « justice pénale subsidiaire » : *de Montigny c. Brossard (Succession)*, [2010] 3 R.C.S. 64, par. 54.

de valider la constitutionnalité de l'aliéna 7 e) L.m.c., jugé alors trop large et empiétant sur la compétence des provinces en matière de droit civil. Telle est la première distinction entre l'article 36 L.c. et les recours en concurrence déloyale de l'article 7 L.m.c. et de l'article 1457 C.c.Q., mais d'autres critères de distinction existent.

## **II. Les critères de distinction des actions indemnitaires en matière de concurrence**

Nous croyons important de déterminer des critères pour distinguer les actions indemnitaires en matière de concurrence, car une certaine confusion règne en jurisprudence à leur égard (A). Afin de définir l'identité de l'action en concurrence déloyale en droit civil québécois, nous utiliserons certains critères pour aboutir à une différenciation des recours indemnitaires en droit de la concurrence (B).

### **A. Le constat d'une jurisprudence confuse**

La jurisprudence québécoise montre un certain malentendu sur la notion de concurrence déloyale. Une étude de la jurisprudence rendue depuis l'apparition du recours privé en droit de la concurrence démontre un emploi abusif de l'expression « concurrence déloyale<sup>32</sup> ». En droit civil, nous avons vu que cette tournure reflète une réalité précise. Dès lors, son emploi de cette expression dans les limites du contentieux privé en droit des pratiques anticoncurrentielles, c'est-à-dire à la suite d'une violation

---

32. Pour la Cour suprême, voir l'affaire *Rocois Construction Inc. c. Quebec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 440. Pour les juridictions québécoises, voir : *Jean-Paul Désilets inc. c. Distributions pétrolières Therrien inc.*, 2009 QCCS 5744; *Poulin c. Groupe Jean Coutu (PJC) inc.*, 2005 CanLII 12409 (QC C.S.); *Givesco inc. c. Lessard*, 2004 CanLII 46625 (QC C.S.); *Tremblay c. Acier Leroux inc.*, 2003 CanLII 1047 (QC C.S.); *Tremblay c. Acier Leroux inc.*, 2003 CanLII 37168 (QC C.S.); *Québec (Ville de) c. Constructions Bé-Con inc.*, 2003 CanLII 33217 (QC C.S.); *Dynabec informatique municipale inc. c. Mensys Business solution Centre Ltd.*, 2001 CanLII 14887 (QC C.S.); *Acier d'armature Rô inc. c. Stelco inc.*, 1996 CanLII 6307 (QC C.A.); *Canada (Procureur général) c. Alex Couture inc.*, 1991 CanLII 3120 (QC C.A.).

criminelle de la L.c., amène une difficulté à distinguer précisément les deux types d'action en droit de la concurrence.

La décision *Rocois Construction Inc. c. Quebec Ready Mix Inc.* de 1990 est la première décision de la Cour suprême à analyser les rapports entretenus par l'article 1457 C.c.Q. et l'article 36 L.c. Aux fins de son analyse, la Cour suprême cite un des rares ouvrages consacrés à la responsabilité civile québécoise dans lequel des développements sont présents sur l'action en concurrence déloyale. Ainsi, dans leur ouvrage sur la responsabilité civile délictuelle paru en 1971, André Nadeau et Richard Nadeau indiquent que les actions en concurrence déloyale « sont instruites en vertu, non seulement de loi fédérale, mais aussi des principes généraux de la responsabilité civile<sup>33</sup> ». Ce passage, cité *in extenso* dans la décision de la Cour suprême, pose un premier problème. Il fait dire à cette dernière que, l'action de l'article 36 étant une disposition fédérale, elle doit répondre aux mêmes principes que l'action en responsabilité civile classique pour concurrence déloyale. Une telle interprétation semble ignorer que les auteurs Nadeau font en réalité référence à la L.m.c.<sup>34</sup>. Comme nous l'avons noté plus haut, la spécialisation du recours de l'article 36, du fait de son caractère accessoire par rapport aux autres recours publics de la L.c., démontre qu'il ne peut être associé à une action en concurrence déloyale dans son sens habituel en droit civil. Or, l'analyse de la Cour suprême étant en droit civil, cette particularité n'aurait pas dû être ignorée. À notre avis, cette position marque, en toute déférence, une erreur conceptuelle de la notion de concurrence déloyale en droit canadien et québécois, erreur qui a, par la suite, marqué de son empreinte les juges québécois. Il faut aussi relever que dans cette décision la Cour suprême énonce que la faute civile et la faute statutaire sont équivalentes, indiquant qu'« il y a une correspondance directe entre le comportement interdit par la Loi et la notion de faute civile causant préjudice ». Elle fait savoir dans la

---

33. A. NADEAU et R. NADEAU, préc., note 1, par. 204.

34. En effet, Nadeau et Nadeau font référence à la *Loi sur les marques de commerce et la concurrence déloyale*, citée aux paragraphes 202 et 204 de leur ouvrage. L'analyse qu'ils livrent au paragraphe 204 fait référence exclusivement à la loi fédérale sur la concurrence déloyale.

suite de son propos qu'un jugement niant une faute statutaire sera « déterminant » pour considérer l'existence de la faute civile<sup>35</sup>. Ce raisonnement entre au cœur du dialogue entre la notion de concurrence déloyale en droit civil et le recours indemnitaire de la L.c. Il nie ce que les auteurs en matière de concurrence déloyale enseignent, à savoir que la faute civile ne correspond pas nécessairement à la violation d'une disposition législative<sup>36</sup>, à plus forte raison en droit de la concurrence, où la nature criminelle de certaines infractions pose un standard de preuve élevé et rigoureux, qui ne permet pas toujours de démontrer l'infraction criminelle. Cela était d'autant plus vrai avant la réforme de 2009 qui a introduit des infractions *per se* et dans laquelle il n'est plus nécessaire de démontrer l'effet négatif du comportement reproché sur la concurrence au-delà de tout doute raisonnable. De plus, le nombre important de reconnaissances de culpabilité par les défendeurs dans ce domaine ne permet pas toujours d'avoir un jugement confirmant la violation de la loi. Il ne faut par ailleurs pas s'y tromper : les facilités probatoires accordées aux victimes de pratiques anticoncurrentielles dans le cas d'actions civiles subséquentes ne doivent pas être interprétées comme liant lesdites victimes à une nécessaire décision de culpabilité rendue préalablement par une juridiction administrative ou criminelle pour pouvoir ester en justice. Une faute civile peut exister malgré une absence de condamnation préalable dans une action criminelle. En droit de la concurrence, et au regard de l'analyse de la Cour suprême dans *Rocois Construction Inc. c. Quebec Ready Mix Inc.*, c'est bien plus la jonction entre la notion de faute et celle de jugement préalable sur la faute qui suscite des interrogations que la jonction entre la faute civile et la faute statutaire.

---

35. *Rocois Construction Inc. c. Quebec Ready Mix Inc.*, préc., note 32, p. 464.

36. Jean-Louis BEAUDOUIN, Patrice DESLAURIERS et Benoît MOORE, *La responsabilité civile*, 8<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 185 et suiv.; la Cour suprême elle-même est allée dans ce sens dans l'affaire *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, [2013] 3 R.C.S. 600; confirmée par *Option Consommateurs c. Minebea Co. Ltd.*, 2016 CanLII 3698 (QC CS); *Fédération des chambres immobilières du Québec c. DuProprio inc.*, 2016 QCCS 1633, par. 45, reprenant *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, [2011] 1 R.C.S. 214, par. 24.

Une rare décision de 2005, de la Cour supérieure du Québec, est venue reconnaître « que les gestes des défendeurs soient érigés en système n'ajouterait rien à la preuve de conduite fautive utile pour donner ouverture à la responsabilité civile envers les demandeurs eux-mêmes<sup>37</sup> ». Cependant, la jurisprudence majoritaire rejoint dans cette décision la Cour suprême en considérant l'action indemnitaire de l'article 36 comme une forme d'action en concurrence déloyale<sup>38</sup>. Le constat est que les juges québécois semblent mal à l'aise avec le concept de concurrence déloyale. Il est utilisé indifféremment du moment que l'affaire se fonde sur l'article 1457 C.c.Q. et qu'une infraction à la *Loi sur la concurrence* se présente. Certains estiment alors commode de parler de concurrence déloyale : selon nous, il s'agit d'un abus de langage dans un système juridique civiliste où l'action en concurrence déloyale révèle une réalité juridique précise. Il y a en effet une véritable incompatibilité à parler de « concurrence déloyale » au sujet de l'article 36 L.c. Il existe notamment plusieurs critères de distinction de ces actions. Nous verrons plus loin qu'il n'y a pourtant aucun lien entre une action en concurrence déloyale au sens strict et un recours indemnitaire issu de l'article 36 L.c.

## **B. Les critères de distinction des recours indemnitaires en droit de la concurrence**

Nous proposons ici trois critères de distinction de ces recours : le premier est relatif à la moralité de l'acte concurrentiel (1); le deuxième a trait à la compétence constitutionnelle des provinces en droit civil (2); et le troisième fait référence à la notion d'abus de droit (3).

### **1. Le critère de la moralité de l'acte concurrentiel**

Selon une vision traditionnelle de l'action en concurrence déloyale, la déloyauté fait appel à la moralité dans la vie des affaires. Citons, à ce titre, l'approche canadienne qui prévalait avant l'entrée

---

37. Poulin c. Groupe Jean Coutu (PJC) inc., préc., note 32, par. 27.

38. *Supra*, note 32.



en vigueur de l'alinéa 7 e) L.m.c. Cette approche s'explique par la vision de la concurrence déloyale retenue dans l'article 10 *bis* de la *Convention internationale pour la protection de la propriété industrielle* de 1883 (ci-après « Convention de Paris<sup>39</sup> ») : « Constitue un acte de concurrence déloyale tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale. »

Puis l'alinéa 3 emploie l'adverbe « notamment » pour énoncer trois fautes de concurrence déloyale avec la confusion, le dénigrement ainsi que les indications et les allégations qui pourraient induire le public en erreur. La loi canadienne de 1932 sur la concurrence déloyale<sup>40</sup>, à l'origine de l'introduction de l'article 11, devenu l'article 7<sup>41</sup>, n'a fait que reprendre cette logique en énonçant d'abord des fautes caractérisées de concurrence déloyale qui reprennent la Convention de Paris, suivie d'une disposition générale, l'alinéa c), devenu e), article qui lui-même réitère l'ouverture à toute faute de concurrence déloyale qualifiable comme telle par l'entremise de la référence aux usages honnêtes de l'industrie et du commerce conformément à l'article 10 *bis* de la Convention de Paris.

---

39. *Convention internationale pour la protection de la propriété industrielle* (1883), 828 R.T.N.U. 305 : cette convention a été révisée à Bruxelles le 14 décembre 1900, à Washington le 2 juin 1911, à La Haye le 6 novembre 1925, à Londres le 2 juin 1934, à Lisbonne le 31 octobre 1958, à Stockholm le 14 juillet 1967 et modifiée le 28 septembre 1979.

40. *Loi concernant la concurrence déloyale dans l'industrie et le commerce*, S.C. 1932, c. 38.

41. À l'origine, la *Loi sur la concurrence déloyale dans l'industrie et le commerce* contenait l'article 11 qui disposait :

11. Nulle personne ne doit, dans le cours de ses affaires,

a) Faire un faux énoncé tendant à discréditer les produits d'un concurrent;

b) Attirer l'attention du public sur ses produits de telle manière qu'au moment où elle a ainsi commencé d'attirer cette attention il soit raisonnablement permis de craindre que sa manière d'agir ne crée une confusion possible au Canada entre ses produits et ceux d'un concurrent;

c) Adopter quelque autre pratique d'affaires contraire aux usages honnêtes en matière industrielle et commerciale.

Le texte a été repris en l'état dans la *Loi concernant la concurrence déloyale dans l'industrie et le commerce*, S.C. 1932, c. 38, art. 11.

Certains auteurs français reconnaissent qu'« il y a sans doute dans l'action en concurrence déloyale un aspect moral. Mais ce n'est pas tout<sup>42</sup> ». Certes, cela n'est pas tout, mais au Canada et dans le contexte du droit civil québécois, cela est beaucoup car, contrairement au droit français, le Canada autorise un recours en réparation spécial en droit de la concurrence, ce que le droit français ne connaît que depuis 2016 avec l'adoption d'un texte spécial pour la réparation des préjudices subis à la suite d'une entente anticoncurrentielle ou d'un abus de position dominante<sup>43</sup>. La moralité de l'action en concurrence déloyale permet ainsi de poser un critère de distinction entre les différents recours privés en droit de la concurrence. Roubier lui-même parlait des usages d'un « milieu honnête<sup>44</sup> ». Cette conception de l'action en concurrence déloyale est qualifiée en Europe de conception « disciplinaire » par référence à cette tendance moralisante du droit de la concurrence déloyale<sup>45</sup>. Nous y voyons l'héritage de la Convention de Paris du 20 mars 1883. L'alinéa 2 de son article 10 *bis* indiquait « tout acte contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale ». L'Allemagne a suivi cette voie dans la transposition de la Convention de Paris et mentionne « des actes contraires aux bonnes mœurs<sup>46</sup> ». On comprend ainsi que les origines internationales de la concurrence déloyale ne sont pas étrangères à la notion de morale qui irrigue la conception disciplinaire de

- 
42. Claude LUCAS DE LEYSSAC et Gilbert PARLEANI, *Droit du marché*, coll. « Themis Droit », Paris, Presses universitaires de France, 2002, p. 988.
43. UNION EUROPÉENNE, *Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne*, J.O.U.E. 5.12.2014., L 349/1 (ci-après « Directive 2014/104 »). La directive a été transposée le 9 mars 2017 en France : Ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles; Décret n° 2017-305 du 9 mars 2017 relatif aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles.
44. P. ROUBIER, préc., note 17, p. 591.
45. Louis VOGEL, *Du droit commercial au droit économique*, 20<sup>e</sup> éd., t. 1, coll. « Traités », Paris, L.G.D.J., 2016, p. 713.
46. ALLEMAGNE, *Loi sur la répression de la concurrence déloyale*, 7 juin 1909.

certaines recours en concurrence déloyale en Europe<sup>47</sup>. Mais en droit civil, la faute civile, contenant de la faute de concurrence déloyale, n'est-elle pas elle-même morale? Auquel cas, il y a identité d'objectifs entre la Convention de Paris et l'action extracontractuelle en concurrence déloyale en droit civil.

La professeure Geneviève Viney est revenue, dans un ouvrage conséquent sur le droit civil, sur les origines du Code Napoléon. Elle constate, en s'appuyant sur les travaux préparatoires du Code civil des Français et les discours de ses rédacteurs, que la morale imprègne l'article 1382 du Code<sup>48</sup>. L'action en responsabilité civile dans les systèmes civilistes est le fondement de l'action en concurrence déloyale. Ainsi, la philosophie de cette action est identique à celle de la responsabilité civile. Si la morale justifie l'action en responsabilité civile, alors elle justifie aussi l'action en concurrence déloyale. Dire que, comme le suggèrent des auteurs<sup>49</sup>, ce qui justifie l'action en concurrence déloyale c'est la protection du marché, revient à nier à l'action en responsabilité civile son moralisme lorsqu'elle prend la forme d'une action en concurrence déloyale. On peut objecter qu'au Canada la présence d'un recours statutaire à l'article 36 L.c. remplit déjà cette mission de protection du marché. Soutenir le contraire revient à admettre qu'il n'existe aucune différence entre l'action privée fédérale en cas de pratiques anticoncurrentielles criminelles et l'action en concurrence déloyale. Or, cette vision ignore l'article 1.1 de cette loi qui fait de celle-ci une loi d'intérêt public en faveur du marché. Voilà, croyons-nous, les limites de la comparaison avec le droit français. Une spécificité québécoise se dessine en droit civil : le droit québécois est aux prises avec une action fédérale en réparation en droit de la concurrence<sup>50</sup>. Le droit fédéral de la

---

47. Pour une critique de cette vision de l'action en concurrence déloyale, voir Guy COURTIEU, *J.-Cl. Civ.*, fasc. 132-10, art. 1382-1386, par. 25.

48. Geneviève VINEY, *Introduction à la responsabilité civile*, 3<sup>e</sup> éd., coll. « Traité de droit civil », Paris, L.G.D.J., 2008, p. 23, par. 12 et 16.

49. Cl. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, préc., note 42, p. 990.

50. Il faudra observer le droit français pour voir si cette distinction continue d'avoir cours, car il a récemment adopté d'un régime spécial de réparation des préjudices subis à la suite d'une entente ou d'un abus de position dominante : voir préc., note 43.

concurrence est un droit de la « non-concurrence »<sup>51</sup>, en ce sens qu'il interdit de se faire concurrence d'une manière définie par la Loi. En revanche, l'action en concurrence déloyale relève du « droit de concurrence »<sup>52</sup>, en tant que limite mise à la libre concurrence. Dans ce dernier cas, la concurrence est licite dès lors qu'elle respecte les usages du commerce<sup>53</sup>.

Si le préjudice s'infère de la faute, comme le jugent les tribunaux français<sup>54</sup>, et que la faute est l'incarnation de la morale, alors cela démontre que l'action en concurrence déloyale se révèle avant tout une action disciplinaire. Cette analyse est transposable au Québec, bien que le courant jurisprudentiel favorable à une telle présomption de préjudice ne soit que minoritaire. Toutefois, comme le notent les auteurs Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, en matière de concurrence, le seul fait de causer un préjudice à ses concurrents n'oblige pas à une réparation<sup>55</sup>. Nous pouvons en conclure que la notion de faute civile, par sa fonction morale, permet de distinguer la concurrence loyale de la concurrence déloyale. De plus, même si l'intention de nuire n'est pas exigée au Québec<sup>56</sup>, elle demeure un élément qui continue à irriguer la jurisprudence<sup>57</sup>.

---

51. Voir *infra*, par. 3, p. 30 et suiv.

52. *Id.*

53. Nous y reviendrons dans le paragraphe suivant, par. 3, p. 30 et suiv.

54. En France, ce principe est reconnu en matière de concurrence déloyale, voir Cour de cassation, Chambre commerciale, 1<sup>er</sup> juill. 2003, n° 01-13052. Par conséquent, un abus de position dominante caractérise une faute et permet d'inférer le préjudice de cette faute : voir Tribunal de commerce, Paris, 15<sup>e</sup> chambre, 30 mars 2015, *DKT c. Eco emballages et Valorplast*, RG n° 2012000109. Le droit français reconnaît maintenant ce principe en droit des pratiques anticoncurrentielles avec l'aide de la Directive européenne 2014/104, préc., note 43.

55. J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, préc., note 36, p. 9.

56. Contrairement à ce qui a été très tôt affirmé par la jurisprudence, voir l'affaire *Corbeil c. Dufresne*, 1933 CanLII 271 (QC CS), confirmée plus tard par *Ferland c. Larose*, [1982] C.S. 616. *Contra* : C. BOUCHARD, préc., note 16, p. 301; M. GOUDREAU, préc., note 19, p. 151.

57. C'est le cas notamment à l'occasion de la recherche d'éléments intentionnels permettant l'octroi de dommages-intérêts punitifs; voir : *Images Turbo inc. c. Marquis*, 2013 QCCS 2781; *Lemyre c. 2867-8225 Québec inc.*, 2004 CanLII 39245 (QC C.Q.); *2865-9944 Québec inc. c.*

Bien que le droit et la morale soient des notions bien distinctes en théorie<sup>58</sup>, l'action en concurrence déloyale est un domaine où le droit et la morale s'unissent pour permettre à la faute civile d'exister en vue de départir les concurrents méritants de ceux qui cherchent à contourner la concurrence au mérite.

La professeure Muriel Chagny parle de « dépendance substantielle insurmontable du droit de la concurrence » à l'égard du droit commun des obligations<sup>59</sup> et de « suppléance » du droit commun des obligations à défaut de droit de la concurrence<sup>60</sup>. On ne peut nier la parenté de l'action en concurrence déloyale avec l'article 1457 C.c.Q. Il s'agit, selon nous, et pour reprendre l'expression de la professeure Muriel Chagny, d'« applications normées de la responsabilité civile délictuelle pour faute<sup>61</sup> ». En effet, « la faute conserve en la matière une place éminente ». Or si cette faute est la pierre angulaire de la responsabilité civile, c'est que les codificateurs l'ont voulue morale<sup>62</sup>. L'action en concurrence

---

*Nancy Papadopoulos et Éditions A.&P. Papadopoulos ltée*, 2002 CanLII 23829 (QC C.S.); *Mensys Business Solution Centre Ltd. c. MRC de Drummond*, 2002 CanLII 41481 (QC C.S.); *Rose c. Denis*, 2002 CanLII 41518 (QC C.S.). En dehors de la question des dommages-intérêts punitifs, citons : *Chocolat Lamontagne inc. c. Humeur Groupe-conseil inc.*, 2010 QCCS 3301 (CanLII); *Jean-Paul Désilets inc. c. Distributions pétrolières Therrien inc.*, 2009 QCCS 5744 (CanLII); *Énerchem transport inc. c. Gravino*, 2005 CanLII 29638 (QC C.S.); *Les Accessoires de Bagages Hudson inc./Hudson Luggage Supplies Inc. c. Les Attaches Tri-Point inc.*, 2003 CanLII 33320 (QC C.S.).

58. André ÉMOND, *Introduction au droit canadien*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2016, vol. 32, p. 26 et suiv.

59. Muriel CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », Paris, Dalloz, 2016, p. 220.

60. *Id.*, p. 223. Dans le même sens, Suzanne CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, t. 250, coll. « Thèses », Paris, L.G.D.J., 1995, p. 121, par. 115.

61. M. CHAGNY, préc., note 59, p. 224, par. 218.

62. Rappelons que l'ancêtre de l'article 1457 C.c.Q., l'article 1053 C.c.B.C., parlait explicitement du bien et du mal et que l'article 6 C.c.Q. introduit la notion de bonne foi dans le Code civil. À ce sujet, Jean-Louis BAUDOUIN et Yvon RENAUD, *Code civil du Québec annoté*, 19<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2016, art. 6, font le commentaire suivant (l'italique est de nous) : « Cet article a pour effet d'empêcher que l'exercice d'un droit ne soit

déloyale, en tant qu'émanation de cette action extracontractuelle en responsabilité civile, est donc une action morale à vocation disciplinaire.

Au Québec, en l'absence d'une loi spéciale comme dans le modèle allemand, le seul fondement juridique est celui de l'article 1457 C.c.Q., ce qui renvoie à l'exigence d'une faute civile. Pour autant, l'usage de l'article 1457 C.c.Q. dans une action indemnitaire en droit de la concurrence ne signifie pas forcément que cette action doive recevoir le qualificatif de « concurrence déloyale ». De plus, cette faute civile n'est pas nécessairement attachée à la violation d'une disposition statutaire, pas plus qu'elle ne doit correspondre exactement à une infraction définie par la loi<sup>63</sup>. Dès lors, comment les juges québécois doivent-ils percevoir les articles 7 e) L.m.c. et 36 L.c.? L'utilisation de ces deux autres recours de nature statutaire dans un litige indemnitaire en droit de la concurrence nécessite de raffiner les critères de distinction en passant par la définition d'un critère constitutionnel.

## **2. Le critère constitutionnel issu de la compétence exclusive des provinces en droit civil**

Les articles 36 L.c. et 7 L.m.c. semblent être inutiles au Québec puisque, contrairement à ce qui se produit en common law, l'action en responsabilité civile est universelle et ne se limite pas à une série de préjudices (*wrongs*)<sup>64</sup>.

Pour l'article 36 L.c., la distinction entre cet article et l'article 1457 est évidente : dénué d'une portée morale, il répond simplement à une exigence de l'ordre public économique, tel que

---

détourné de sa fin sociale intrinsèque et des normes morales généralement reconnues dans notre société. »

63. C'est ce qu'a déjà fait remarquer la Cour suprême au sujet du recours de l'article 36 : *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, préc., note 36, par. 96.

64. P. BOURBONNAIS, préc., note 5, p. 5. Pour le délit civil entendu comme la violation d'un droit ouvrant la réparation du préjudice, voir Donald POIRIER, Gérard SNOW et Jacques VANDERLINDEN, *La common law de A à Z*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 499.

cela a été voulu dans la L.c.<sup>65</sup>. La Cour suprême a livré en 1989 une analyse édifiante en ce sens<sup>66</sup>. Ce n'est pas la morale qui fonde l'action de l'article 36, mais une violation d'une disposition criminelle de la L.c., laquelle respecte l'exigence d'efficience économique dictée par son article 1.1. En cela, il fait partie d'un système de répression global, ce qui rachète son empiètement manifeste en droit civil, plus de 10 ans après l'affirmation suivante que la Cour suprême du Canada ait affirmé : « Une législation ayant pour objet un droit d'action statutaire à cet égard n'est pas de compétence fédérale<sup>67</sup>. »

Cependant, la question se révèle plus épineuse pour l'article 7 L.m.c. En effet, l'abrogation de l'alinéa e) doit-elle changer l'analyse de cette action dans son dialogue avec l'article 1457 C.c.Q.?

Sous l'empire de l'alinéa 7 e), soit avant 2014, la Cour suprême avait été clairvoyante : l'alinéa e) était un empiètement manifeste du Parlement fédéral sur la compétence des provinces en droit civil.

En common law, l'alinéa e) apportait l'avantage d'ouvrir un recours général en concurrence déloyale. Cependant, la justification de la Cour suprême en 1976 se fondait sur des motifs constitutionnels et non sur l'opportunité d'une telle action en common law. Pour le Québec, cet alinéa était une redondance par rapport à l'article 1457 C.c.Q. Comme nous l'avons vu, le seul avantage, d'ailleurs peu utilisé en pratique, résidait dans la possibilité de demander des sanctions atypiques en droit civil comme des dommages-intérêts punitifs. La question demeurerait de savoir pourquoi une telle disposition existait en droit fédéral. Toujours dans sa décision de 1977, la Cour suprême avait réfuté que la L.m.c., notamment l'article 7 ou son alinéa e), puisse être la conséquence de la Convention de Paris de 1883 en matière de

---

65. Charlaïne BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise*, t. 1, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 33.

66. *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, préc., note 11.

67. *MacDonald et al. c. Vapor Canada Ltd.*, préc., note 8.

propriété industrielle de 1883. Elle affirmait alors d'une manière péremptoire :

Il n'y a rien dans la *Loi sur les marques de commerce* de 1953 qui indique qu'elle a été adoptée pour mettre en vigueur la convention [de Paris de 1883] ci-dessus mentionnée, sauf que dans l'article d'interprétation il y a renvoi à la Convention et définition de « pays d'origine » et de « pays de l'Union », celle-ci se rattachant à la réglementation des marques de commerce<sup>68</sup>.

L'argumentation de la Cour suprême se base sur l'absence de renvoi exprès dans la loi à la volonté du législateur de transposer une convention internationale. Son raisonnement se fonde sur le constat que, dans toutes les affaires que le plus haut tribunal du pays la Cour suprême du Canada et le Conseil privé ont eu à examiner et qui transposaient une convention internationale, « on renvoyait expressément à la convention<sup>69</sup> ». La Cour suprême édicte ainsi un critère formel permettant de valider l'origine internationale d'une loi fédérale. Toutefois, celui-ci est uniquement le fruit du raisonnement de la Cour suprême. Si cela est exact en pratique, il n'en demeure pas moins que toutes les lois conformes à des conventions internationales dont le Canada est signataire et qui préexistaient à cette convention n'ont pas fait l'objet d'une modification pour le dire. De plus, si nous raisonnons par analogie, lorsque le Canada intervient dans son domaine de compétence ou que les provinces légifèrent elles aussi dans leurs domaines de compétence, nulle proclamation formelle n'en est faite en préambule ou dans un article de la loi. Cela relève de l'exercice d'interprétation du juge, le cas échéant, quand cette origine internationale nécessite une analyse. Tel est le cas pour la L.m.c. Le critère de la Cour suprême ignore que la première loi sur les marques de commerce de la Confédération date de 1868. Or, la première version de la Convention de Paris remonte à 1883, soit 15 ans après la première loi fédérale sur les marques de commerce. La L.m.c. est restée en l'état jusqu'en 1932, preuve, s'il en est besoin,

---

68. *Id.*, p. 171.

69. *Id.*



qu'elle n'était pas le fruit de cette convention internationale et qu'elle la respectait sans qu'il soit nécessaire d'en faire mention dans la loi. En revanche, en 1932, le législateur canadien prend acte de cette convention et met à jour son droit de la propriété industrielle. En effet, la première loi canadienne sur les marques de commerce de 1868 ignorait le recours en concurrence déloyale<sup>70</sup>. Par conséquent, le Canada, en tant que signataire de la Convention de Paris, a dû modifier son droit. Voici quelques extraits des débats parlementaires tenus par la Chambre des communes le 2 mai 1932, année d'entrée en vigueur de la première loi sur la concurrence déloyale :

La première loi des marques de commerce et dessins de fabrique du Canada a été adoptée par le Parlement de ce pays en 1869<sup>71</sup>, la deuxième année après la confédération, et elle est restée depuis dans nos Statuts sans grands changements. L'acte de l'Amérique britannique du Nord [sic] de 1867 autorise le Canada à légiférer pour réglementer l'industrie et le commerce, et *en vertu de l'article 132 de cette loi, le Canada peut également légiférer pour donner effet aux traités conclus par l'Empire britannique dont le Canada fait partie*. L'article 10*b* de la convention ratifiée par notre pays stipule que les parties contractantes sont tenues d'assurer aux ressortissants de l'Union une protection efficace contre la concurrence déloyale.

Constitue un acte de concurrence déloyale tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale<sup>72</sup>.

Impossible de nier le rattachement direct des dispositions de l'article 7 à cette obligation internationale. Comme l'avait fait la Cour suprême en 1977<sup>73</sup>, une autre question est alors à soulever, celle de savoir si la compétence du Canada pour signer des accords internationaux l'autorise à transposer ses obligations

---

70. *Acte relatif aux marques de commerce et aux dessins de fabrique*, S.R.C. 1868, c. 55.

71. Il s'agirait d'une coquille dans le texte, car la loi a été sanctionnée en 1868.

72. CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Débats*, 3<sup>e</sup> sess., 17<sup>e</sup> légis., 2 mai 1932, p. 2529 (l'italique est de nous).

73. *MacDonald et al. c. Vapor Canada Ltd.*, préc., note 8, p. 168.

internationales dans une loi fédérale, même si cette transposition implique de légiférer dans le champ de compétence d'une province.

Déjà, à l'époque, les sénateurs pressentaient les risques d'inconstitutionnalité au regard de la compétence du Parlement en droit civil. Le 10 mai 1932, les députés du Sénat réfutaient toute contestation possible :

On a contesté le caractère constitutionnel de la loi. Le litige n'a pas été porté devant les tribunaux, mais à différentes époques, il a été soulevé, et les autorités ont des doutes très sérieux, et elles se demandent s'il n'existe pas un empiètement des droits civils qui outrepassse le pouvoir de ce Parlement. Et nous croyons que cet aspect constitutionnel sera élucidé si ce projet de loi est adopté, car il ne renferme aucun élément qui puisse obscurcir son statut constitutionnel [...] Le Bill 5 tend à mettre en vigueur les modifications adoptées à La Haye [...] Les honorables sénateurs savent qu'un traité conclu entre le Canada et un autre pays ou groupe de pays peut être rendu exécutoire par un acte législatif du Parlement du Canada. *L'intervention même du traité confère juridiction à la Chambre fédérale et écarte toute objection possible de la part des provinces.* Nous croyons que ce principe même rend inattaquable le caractère constitutionnel du Bill soumis à notre délibération. En outre, toute intervention dans les droits civils à l'égard des marques de commerce, sauf en tant que nécessaire pour l'industrie et le commerce extérieur en général, est éliminée de la mesure. (Sénat, 17<sup>e</sup> légis., 3<sup>e</sup> sess., vol.1, 10 mai 1932, p. 423, sénateur Meighen)

Deux constats ressortent des débats parlementaires : d'abord, le Parlement fédéral a souhaité modifier la L.m.c. en y joignant l'article 11, devenu l'article 7, pour rendre exécutoire la Convention de 1883 dans sa version modifiée à La Haye en 1925; ensuite, le Canada aurait, par le fait même de l'origine internationale de la modification législative, la compétence exclusive pour le faire, même si le sujet de ce changement relève de

la compétence des provinces. Le Conseil privé donnera tort aux sénateurs dans la fameuse décision relative aux *Conventions du travail*<sup>74</sup>. Malgré la critique de cette décision en 1977 par la Cour suprême, tentant de minorer sa portée, le partage des compétences persiste toujours au moment de la mise en œuvre d'une convention internationale au Canada<sup>75</sup>.

Dès lors, il incombe aux provinces de donner effet à l'article 10*bis* de la Convention de Paris traitant de la concurrence déloyale pour ce qui est des dispositions qui ouvrent un droit d'action en matière de concurrence déloyale. Cela démontre qu'au Québec le droit statutaire, et l'abrogation de l'aliéna 7 e) en 2014, n'a pas de conséquence, si ce n'est processuelle en ce que l'article 53.2 permet la demande de mesures réparatrices spéciales, comme des dommages-intérêts punitifs. Il faut en conclure également que le gouvernement a supprimé à bon droit l'aliéna e).

Cette brève relecture historique de la constitutionnalité de l'article 7 L.m.c., et plus précisément de son aliéna e), nous a permis de démontrer que cet article apparaît en 1932, sous la numérotation de l'article 11, en tant que conséquence historique de la Convention de Paris. Il est à ce titre la preuve que la loi de 1932 est la mise en œuvre d'une convention internationale, contrairement à ce qui a pu être affirmé en 1977 par la Cour suprême. Toutefois, cette transposition d'une convention internationale n'autorise pas pour autant le Parlement fédéral à empiéter sur la compétence des provinces. Par conséquent, le rapport entre l'article 7 L.m.c. et l'article 1457 C.c.Q. n'est que processuel, en ce que l'article 7 permet d'invoquer les mesures réparatrices extraordinaires de l'article 53.2. Quant au droit substantiel, l'article 7 permet d'obtenir en justice exactement le

---

74. A.-G. Canada c. A.-G. Ontario (*Affaire des conventions sur le travail*), [1937] A.C. 326.

75. Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Le droit international*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, par. VI-2.359 et VIII.116. Voir aussi Nicole DUPLE, *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2014, p. 99.

même résultat que l'article 1457 C.c.Q., et ce, en se basant sur la théorie civiliste de la concurrence déloyale.

**3. Le critère de l'usage excessif de la liberté du commerce : élément de distinction entre la concurrence déloyale et le recours privé de l'article 36 de la Loi fédérale sur la concurrence**

Nous venons de voir que l'article 7 L.m.c. et l'article 1457 C.c.Q. n'ont finalement aucune différence sur le plan substantiel en matière de concurrence déloyale. La seule spécificité est processuelle et se trouve dans les remèdes. Contrairement à sa propre analyse faite en 1977, la Cour suprême a reconnu, en 1989, la validité constitutionnelle de l'article 36 L.c.<sup>76</sup>. La question demeure donc de savoir ce qui distingue le recours privé en droit de la concurrence tel qu'il est décrit à l'article 36 L.c. et à l'article 1457 C.c.Q. De notre côté, nous répondrons à la même question que pour l'article 7 L.m.c. : l'article 36 a-t-il une utilité au Québec? Pour ce faire, nous étudierons en détail les notions de « droit de concurrence » et de « droit de non-concurrence », déjà mentionnées plus haut.

L'abus qui résulte de l'exercice excessif et déraisonnable d'un droit pourrait être jugé contraire à la bonne foi, comme l'indique l'article 7 C.c.Q. Cet article de droit nouveau depuis 1994 est souvent utilisé dans des recours en responsabilité civile en matière de concurrence<sup>77</sup>. La doctrine considère – au même titre que la jurisprudence – que la concurrence déloyale est le fruit d'un usage excessif de la liberté du commerce<sup>78</sup>, plus précisément le droit de se livrer librement concurrence et de commercer sans restriction<sup>79</sup>. Par

---

76. *General Motors of Canada Limited c. City National Leasing*, préc., note 11.

77. Par exemple, *Jean-Paul Désilets inc. c. Distributions pétrolières Therrien inc.*, 2009 QCCS 5744.

78. C. BOUCHARD, préc., note 16, p. 299, par. 275.

79. Le principe a été affirmé avec beaucoup de clarté par l'honorable juge LeBel dans l'affaire *Excelsior compagnie d'assurance-vie c. La Mutuelle du Canada, compagnie d'assurance-vie et al.*, [1992] R.J.Q. 2666 :

Le régime économique dans lequel nous vivons se fonde, à tout le moins en théorie et, assez souvent, en pratique, sur la liberté de concurrence. La

conséquent, dès lors qu'il y a un acte de concurrence déloyale, le concurrent auteur de cet acte commet en apparence un abus de droit. Il perdrait alors son droit à la libre concurrence, tout comme le propriétaire d'un fonds possède un droit absolu de propriété, mais sans toutefois pouvoir l'exercer abusivement<sup>80</sup>. Le commerçant qui agit dans les limites de son droit à la liberté du commerce le fait dans le contexte d'une concurrence autorisée. Nous parlons alors d'un « droit de concurrence » qui se caractérise par l'usage de la liberté du commerce. L'établissement de cette terminologie permet de répondre à la question de l'utilité du recours privé de l'article 36 L.c. au Québec. Malheureusement, elle est également source de confusion en jurisprudence sur la notion d'abus de droit.

L'article 36 L.c. est un recours en réparation en cas de violation de la loi fédérale. Il fait donc suite à une concurrence interdite par la loi, pour reprendre la terminologie de Paul Roubier<sup>81</sup>. Celle-ci se distingue de la concurrence déloyale. La déloyauté est utilisée pour qualifier l'abus dans l'usage de la liberté du commerce. La concurrence se révèle déloyale quand elle est la conséquence d'un acte de concurrence abusif. Pour cette raison, au Québec, les demandeurs invoquent souvent l'article 1457 C.c.Q., accompagné de l'article 7 C.c.Q., car la faute de concurrence

---

clientèle constitue habituellement l'actif le plus précieux, mais aussi le plus fragile de l'entreprise. La nature même d'un système économique concurrentiel la rend mobile. Elle peut se déplacer ou être sollicitée [...] La liberté de concurrence représente le principe fondamental d'organisation des activités économiques [...], sous réserve de son encadrement législatif ou réglementaire. Bien que dommageable, la concurrence, en elle-même, ne saurait être fautive et source de responsabilité civile. Même lourdement préjudiciable pour une entreprise [...], la seule conquête d'une part de marché par un nouveau concurrent ne lui donne pas droit à une indemnité. La concurrence fait partie de ces activités reconnues comme licites, bien que dommageables. On a le droit de conduire le restaurateur ou l'épicier voisin à la faillite, pourvu que, ce faisant, on emploie des moyens licites et corrects.

80. *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, [2008] 3 R.C.S. 392, par. 30 et 31.

81. Paul ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1952, p. 11 : « tandis que la concurrence interdite est celle qui est contraire aux lois et aux contrats, la concurrence déloyale est celle qui est condamnée par les principes généraux du droit et les usages ».

déloyale semble identifiable à travers l'abus de droit. Nous allons voir que cette interprétation est erronée.

S'agissant de l'article 36 L.c., il s'intègre dans le « droit de non-concurrence ». Ce dernier est, à vrai dire, une expression étrange employée en général pour parler des interdictions que le droit connaît qui ont pour effet de limiter la liberté d'entreprise, telles que les clauses de non-concurrence ou plus globalement les ententes de non-concurrence, mais on peut aussi y inclure le droit des pratiques anticoncurrentielles en tant que droit prescrivant des interdictions de livrer une concurrence de telle ou telle manière<sup>82</sup>. Considérant qu'il ne peut pas y avoir de concurrence sans droit, au moins à la libre entreprise en tant que liberté fondamentale<sup>83</sup>, l'expression connaît des limites si on la confronte à la notion d'abus de droit en droit civil, laquelle a une portée juridique différente. En effet, si la concurrence est interdite, il n'y a pas de droit de concurrence et encore moins de droit de non-concurrence. On devrait préférer l'expression de Roubier, c'est-à-dire une « concurrence interdite » à celle de droit de non-concurrence. Le mot « droit » est entendu ici dans son acception large, celle de la permission, soit « ce qui est conforme à une règle<sup>84</sup> ». L'usage d'un droit est présumé licite. Il passe dans la sphère de l'illicite notamment quand il répond à un abus de droit au sens de l'article 7 C.c.Q. Dès lors, la concurrence menée sans droit, ou concurrence interdite, ne permet pas de se qualifier au titre de concurrence déloyale. Elle n'est pas déloyale, mais purement et simplement interdite. Néanmoins, si le mot « droit » est employé en tant que renvoi à une discipline juridique, alors l'usage s'avère acceptable. Il est question ici d'un terme renvoyant à un corps de règles relatives à l'interdiction de livrer concurrence d'une certaine manière<sup>85</sup>.

---

82. On trouve dans le service de la formation permanente du Barreau du Québec des développements récents en droit de la non-concurrence.

83. À ce sujet, voir Nicole DUPLE, *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2014, p. 599 et suiv.

84. *Dictionnaire Le Petit Robert*, 2012, « Droit », 3<sup>e</sup> sens, p. 788.

85. Le dictionnaire Cornu retient la définition suivante du droit : « Ensemble de règles de conduite socialement édictées et sanctionnées, qui s'imposent aux membres de la société » : voir Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses universitaires de France, p. 373, 2014.

L'impact de cette distinction se trouve *in fine* dans l'identification de la faute civile. La faute civile de concurrence déloyale réside dans un abus de droit, celui du droit fondamental de se livrer librement concurrence. C'est alors un abus dans l'exercice d'une liberté fondamentale et non un abus de droit au sens de l'article 7 C.c.Q., comme ce peut être le cas pour le droit de propriété. Par ailleurs, la norme de prudence et de diligence du commerçant placé dans les mêmes conditions (conformément à l'article 1457 C.c.Q.) s'apprécie par rapport à l'usage de la liberté du commerce, sans considération pour la bonne foi<sup>86</sup>. En effet, Jean-Louis Baudouin rappelle que l'usage excessif d'une liberté n'est pas un abus de droit, mais une faute extracontractuelle engageant la responsabilité de son auteur<sup>87</sup>.

Pour le recours spécial de l'article 36 L.c., la faute civile réside dans une violation de la loi, comme le précise d'ailleurs l'alinéa 36 (1) a) L.c., mais elle doit également s'appuyer sur une analyse du comportement en fonction de la norme de prudence et de diligence de l'article 1457 C.c.Q. si ce dernier est invoqué dans la demande de la victime aux côtés de l'article 36. En effet, la faute criminelle ne sera pas automatiquement une faute civile, comme l'a déjà rappelé la Cour suprême<sup>88</sup>.

Il est alors possible de conclure que les affaires où ont été invoqués pêle-mêle les articles 36 L.c. ainsi que les articles 7 et 1457 C.c.Q. ne reflètent pas la cohérence du droit en la matière, car l'usage excessif de la liberté du commerce conduisant à un acte de concurrence déloyale n'est pas un abus de droit, mais une faute au sens de l'article 1457 C.c.Q. On peut, à titre de conclusion, relever que l'action en concurrence déloyale au Québec se fonde sur l'article 1457 C.c.Q. non pas par un emprunt au droit français, mais en raison du fait qu'en droit civil l'usage excessif d'une liberté est une faute extracontractuelle. Tel est le seul fondement de l'action en concurrence déloyale au Québec, comme dans toute contrée

---

86. C.c.Q., art. 6.

87. J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 36, p. 214, par. 1-229.

88. Pour le débat à ce sujet, voir *supra*, note 36.

civiliste. Ainsi, l'article 36 L.c. ne prévoit pas une action en concurrence déloyale, mais une action en concurrence interdite. Il ne peut être qualifié de « concurrence déloyale », cette expression étant réservée, en droit civil québécois, aux actions qui ont pour objet de sanctionner un usage excessif de la liberté de concurrence. Dans le cas de l'article 36 L.c., la faute ne peut pas résider dans l'usage excessif d'une liberté de concurrence car la concurrence, tout du moins dans certaines de ses formes, est simplement interdite. Comme une personne ne peut user d'une liberté de concurrence qui n'existe pas, l'auteur d'une violation de la L.c. commet un acte de concurrence interdite et non un acte de concurrence déloyale.

## **Conclusion**

Le statut de l'action en concurrence déloyale est incertain et confus en raison de son interaction avec les autres recours indemnitaires fédéraux et de la facilité de langage qui amène les juges à employer l'expression « concurrence déloyale » dans un contexte qui n'est pas toujours approprié à la réalité civiliste du système juridique en droit privé au Québec. Cela explique en partie, selon nous, la place minime accordée par la doctrine civiliste à cette notion pourtant indissociable du droit civil, comme en témoigne le droit français.

Une fois posés les critères de distinction de l'action en concurrence déloyale par rapport aux autres recours indemnitaires fédéraux en matière de concurrence, il est possible d'envisager un dialogue en droit québécois entre ces recours et l'action en concurrence déloyale issue de l'article 1457 C.c.Q. On peut alors tirer deux enseignements de l'analyse qui précède :

- 1) le recours en concurrence déloyale québécois est suffisamment complet pour éviter de recourir à son cousin fédéral, l'article 7 L.m.c., si ce n'est à des fins purement processuelles pour bénéficier de l'arsenal de l'article 53.2 L.m.c.;



- 2) le recours en concurrence déloyale n'est pas un recours en concurrence interdite, ce qui exclut une action en responsabilité civile pour fait de concurrence déloyale et une violation de la partie criminelle de la L.c.

Le seul domaine où l'action en concurrence déloyale pourrait flirter avec la L.c. est celui des pratiques restrictives de concurrence, domaine civil de la L.c., mais ici cette dernière donne compétence exclusive au Tribunal de la concurrence<sup>89</sup> et ne permet pas de demander une indemnisation<sup>90</sup>. Il restera alors aux victimes d'une pratique restrictive de concurrence à recourir à l'action en concurrence déloyale traditionnelle sous cette terminologie précise et à identifier une faute de concurrence déloyale dans la pratique restrictive alléguée.

Enfin, il faut souligner que l'action en concurrence déloyale est une action disciplinaire au Québec. À ce sujet, il existe une différence par rapport au droit français. La France n'est pas assujettie à des recours indemnitaires d'« origine fédérale » qui lui viendrait de l'Union européenne. Le recours en concurrence déloyale québécois recèle donc ici une spécificité qui le distingue du droit français. En effet, il cohabite avec l'article 36 L.c., disposition assurant un objectif social à cette loi, conformément à son article 1.1. C'est la seule action indemnitaire ayant vocation à protéger le marché. L'action en concurrence déloyale québécoise est morale avec une vocation disciplinaire, ce qui place la faute au centre de cette action, cette faute se caractérisant par un usage excessif de la liberté du commerce.

Par ailleurs, l'analyse historique et constitutionnelle issue de la Convention de Paris de 1883 a démontré que la législature québécoise était la seule compétente en matière de concurrence déloyale. L'étude des débats parlementaires nous a permis de mettre en lumière que l'article 7 L.m.c. était la transposition de cette

---

89. L.c., art. 103.1.

90. L.c., art. 77 (3.1).

convention en droit canadien, mais que les provinces conservent leur compétence sur le sujet de la concurrence déloyale. Pour cette raison, au Québec, les litiges de concurrence déloyale ne seront que peu impactés par la disparition de l'alinéa 7 e) L.m.c.

À l'issue de cette étude, notre souhait est que l'identité de l'action en concurrence déloyale soit désormais affirmée au Québec et qu'elle puisse garantir des actions en réparation coordonnées avec les recours indemnitaires fédéraux au profit d'une meilleure discipline des comportements commerciaux entre entreprises rivales, sans usage abusif de l'expression « concurrence déloyale ».

**RDUS**

**Revue de DROIT**  
**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** Sur les traces de l'influence musulmane sur l'évolution du droit international humanitaire de 1858 à 1977

**Auteur(s) :** Jabeur Fathally

**Revue :** RDUS, 2016, volume 46, numéro 3

**Pages :** 545-574

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/13623>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/13623>

*Page vide laissée intentionnellement.*

## **SUR LES TRACES DE L'INFLUENCE MUSULMANE SUR L'ÉVOLUTION DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE DE 1858 À 1977**

par Jabeur FATHALLY\*

*L'auteur vise à mettre en lumière l'influence musulmane et la contribution des juristes musulmans à l'édification des règles du droit international humanitaire contemporain. À ses yeux, cette influence peu traitée dans les écrits sur le droit international humanitaire apparaît non seulement dans les reconnaissances faites par les pères fondateurs du droit international humanitaire de l'apport de la tradition musulmane, mais également et surtout dans le rôle joué par les délégations et les juristes musulmans dans l'élaboration des instruments conventionnels de ce droit, comme le prouve la présente recherche historique qui s'inscrit dans les efforts intellectuels de relecture de l'histoire du droit international.*

---

*This article seeks to highlight the contribution of Muslim legal scholars and the importance of Muslim legal tradition in general in the elaboration of contemporary international humanitarian law. According to the writer, although little reference is made to this influence in international humanitarian law doctrine, the founding fathers of this branch of law indeed acknowledged the contribution of Muslim traditions. The role played by Muslim delegations and jurists in the development of legal conventions in this field of law are emphasized in this historical study relating to a critical re-examination of the historical origins of international law.*

---

\*

Professeur adjoint, Faculté de droit, Université d'Ottawa.

## SOMMAIRE

<b>Introduction .....</b>	<b>547</b>
<b>I-      La connaissance de la tradition juridique musulmane .....</b>	<b>550</b>
1-      L'expérience musulmane de Henry Dunant .....	550
2-      Les pères fondateurs du droit international humanitaire et la tradition musulmane .....	555
<b>II-     L'apport spécifique des juristes musulmans à la codification des règles du droit international humanitaire .....</b>	<b>558</b>
1-      La contribution musulmane à l'élaboration des quatre conventions de Genève de 1949.....	559
2-      L'activisme musulman et les péripéties du Protocole additionnel I.....	563
3-      Les juristes musulmans comme principaux rédacteurs du Protocole II .....	567
<b>Conclusion .....</b>	<b>570</b>
<b>Annexe .....</b>	<b>572</b>

## Introduction

Les attentats du 11 septembre 2001 perpétrés sur le sol américain ainsi que les guerres qui les ont suivis, notamment la guerre en Irak qui, disons-le, plutôt que d'éradiquer le groupe terroriste Al-Qaïda a permis sa métastase et sa multiplication, ont révélé au monde la gravité, la cruauté et le caractère transnational du terrorisme. Cependant, ils ont surtout ravivé, dans la plupart des pays occidentaux, les discussions sur l'islam comme religion et sur le droit musulman comme principale manifestation de cette dernière. Pour certains, les sociétés musulmanes sont intrinsèquement des sociétés violentes (*bloody innards*)<sup>1</sup> et les gouvernements musulmans sont des gouvernements de conflit (*conflict-prone*)<sup>2</sup> qui ne respectent pas les règles du droit international humanitaire. Les attentats de Londres, de Madrid, de Boston, de Bruxelles, d'Orlando, d'Ottawa, de Saint-Jean-sur-Richelieu, de Paris ou de Nice, pour ne citer que ceux qui ont été perpétrés par le groupe dit « État islamique (Daech) » et qui ont eu lieu dans la sphère occidentale, n'ont fait que renforcer cette vision essentialiste et totalisante des musulmans<sup>3</sup>. En effet, « ne reconnaissant aucune légitimité aux règles du droit international humanitaire ni aux principes démocratiques qu'ils qualifient de « création coloniale », les groupes terroristes, *Daech* (État islamique) en tête, n'hésitent pas à donner une justification religieuse à leurs attaques et à leurs actes ignobles<sup>4</sup> ».

- 
1. Indra DE SOYSA et Ragnhild NORDAS, « Islam's Bloody Innards? Religion and Political Terror, 1980-2000 », (2007) 51 *International Studies Quarterly* 927.
  2. Corri ZOLI, Emily SCHNEIDER et Courtney SCHUSTER, « Armed Conflict and Compliance in Muslim States, 1947-2014: Does Conflict Look Different under International Humanitarian Law? », (2014) 40-3 *NCJ Intl L & Com Reg* 679, 679-686.
  3. Jocelyne CESARI, « Islam de l'extérieur, musulmans de l'intérieur » : deux visions après le 11 septembre 2001 », (2001) 44 *Cultures & Conflits*, 97, [En ligne] [conflits.revues.org/738] (1<sup>er</sup> novembre 2015).
  4. Jabeur FATHALLY, « Contre Daech : la protection des populations civiles à l'épreuve des conflits entre le droit musulman et le droit international humanitaire », (2017) 12 *La Revue des droits de l'Homme*, [En ligne] [revdh.revues.org/3230] (9 août 2015).

Devant cette situation de polarisation et de perplexité globale<sup>5</sup>, la communauté internationale a besoin, plus que jamais, de réaffirmer la pertinence des valeurs véhiculées par le droit international humanitaire et de reconnaître l'apport de la tradition musulmane à sa construction. Cependant, il ne s'agit pas ici de reproduire les thèses élaborées par de nombreux auteurs<sup>6</sup> qui mettent l'accent sur l'influence historique des juristes musulmans sur la formation du droit international en général, notamment le rôle joué par le juriste musulman Muhammad al-Hassan al-Shaybānī (748-805) dans la formulation des règles régissant les rapports entre les musulmans et les non-musulmans ainsi que l'influence de ses écrits sur les travaux du Hollandais Hugo de Groote (Grotius) (1583-1643) et de l'Espagnol Francisco Suarez (1548-1617). Pour notre part, nous pensons que ces thèses, aussi importantes soient-elles, ne sont pas accompagnées par des preuves, ne serait-ce que factuelles, confirmant l'existence d'une influence ou d'un possible lien direct entre l'effort doctrinal des juristes musulmans classiques et l'élaboration du droit international en général. Ajoutons, par

- 
5. Marco SASSÒLI, « Le droit international depuis le 11 septembre : un droit à la carte? », *Centre d'études du l'intégration et la mondialisation de l'UQAM*, en ligne : [www.ceim.uqam.ca/pdf/11sept/sassoli.pdf] (1<sup>er</sup> novembre 2015).
  6. Voir par exemple : Hans KRUSE, « Al-Shaybani on International Instruments », (1953) 1 *Journal of Pakistan Historical Society* 90; Hans KRUSE, « The Foundation of Islamic International Jurisprudence (Mohammed al-Shaybani – Hugo Grotius of the Muslims) » traduit par Mohamad Amanhobohm, (1955) 3-4 *Journal of Pakistan Historical Society*; Hans KRUSE, « The Islamic Doctrine of International Treaties », (1954) 1 *Islamic Quarterly* 152. Hans KRUSE, « The Notion of Siyar », (1954) 2 *Journal of Pakistan Historical Society* 16; Marcel A. BOISARD, « On The Probable Influence of Islam On Western Public and International Law », (1980) 11-4 *International Journal of Middle East Studies* 429, 429-450; Muhammad HAMIDULLAH, *The Muslim Conduct of State*, Kuala Lumpur, Islamic Book Trust, 2012, p. 398; Houssam SBAT, « al-Shaybānī (748-805), un juriste musulman », (2003) 5 *Le Courrier du Geri – Revue d'islamologie et de théologie musulmane*, Université Marc Bloch, [En ligne] [persocite.francite.com] (15 janvier 2016); Sobhi MAHMASSANI, *Alqānūn wa al-'alāqātu al-dawliyah fi al-Islām* [« Le droit et les relations internationales en Islam »], Beyrouth, Dar al-silm lil-malayin, 1982, p. 43; Raj BHALA, *Understanding Islamic Law (Shari'ā)*, 2<sup>e</sup> éd., Durham, Carolina Academic Press, 2016, p. 1224.



ailleurs, que nulle part dans les écrits de Grotius ou de Suarez n'apparaît la moindre référence aux livres *Kitāb siyār al-saghīr* (« Le petit traité de droit des gens ») et *Kitāb siyār al-kabīr* (« Le grand traité du droit des gens ») d'al-Shaybānī<sup>7</sup>.

Nous présenterons plutôt une recherche historique basée sur des documents et des faits historiques peu connus, qui se proposera, dès lors, de mettre en évidence l'influence musulmane sur l'histoire du droit international humanitaire de 1858 à 1977, soit durant la période qui a connu le développement des principaux instruments conventionnels de ce droit et, par là même, de contribuer aux efforts cherchant à ouvrir « le droit des gens aux influences nouvelles<sup>8</sup> » en soutenant les efforts intellectuels pour explorer l'histoire universelle du droit international (*global history of international law*)<sup>9</sup>.

---

7. Et cela, même si la référence à la tradition musulmane (*Mahometans*) est citée comme un terme de comparaison, notamment dans l'ouvrage de Hugo GROTIUS, *The Rights of War and Peace* [1625], t. 3, Indianapolis, LibertyFund, 2005, p. 72, 84, 88 et 395, [En ligne] [lfooll.s3.amazonaws.com/titles/1427/Grotius\_1032-03\_EBk\_v6.0.pdf] (1<sup>er</sup> novembre 2015).

8. Marcel A. BOISARD, *L'humanisme de l'Islam*, Paris, Albin Michel, 1979, p. 17.

9. « Exploring a “global history of international law” is comparatively a recent phenomenon that has drawn the attention of international lawyers and historians » : Ayesha SHAHID, « The “Global History of International Law”: Some Perspectives from within the Islamic Legal Traditions », (2014) 4 *History of International Law and Islam* 17, [En ligne] [bura.brunel.ac.uk/handle/2438/12552] (30 octobre 2016). Il s'agit alors d'un jeune courant doctrinal qui a pour objet de revisiter l'histoire du droit international et ne veut plus se contenter de la vision eurocentrique de son élaboration :

Historical analysis was called to overcome not only the boundaries of the nation-state, but also the limitations of material and epistemic Eurocentrism in its various forms. During the past decade, there has been a growing interest in global histories in many parts of the world. The field of the history of international law, however, has lagged behind. Historians of international law, be they lawyers or historians, did not explicitly turn to global perspectives. The protagonists of the blooming field of global history (or world history, or transnational history), in turn, did not show much interest in the law, be it as a normative concept or a material practice. And post-colonial and subaltern critical approaches in law and

À notre sens, cette influence se manifeste sous deux formes : une forme générale et une forme spécifique.

La présence générale consiste dans l'intérêt et la connaissance que les pères fondateurs du droit international humanitaire, le Genevois Henry Dunant en tête, ont manifesté pour les principes humanitaires émanant de la tradition juridique musulmane (partie I). La présence spécifique, quant à elle, s'est traduite dans le rôle indéniable joué par les juristes musulmans dans l'édification du droit international humanitaire contemporain (partie II).

## **I- La connaissance de la tradition juridique musulmane**

Peu développée dans les annales du droit international humanitaire contemporain, l'expérience musulmane – si nous pouvons la qualifier ainsi – de Dunant (1) ainsi que la reconnaissance par de nombreux pères fondateurs du droit international humanitaire de l'apport de la tradition musulmane (2) sont les témoins de cette présence, voire de cette influence.

### **1- L'expérience musulmane de Henry Dunant**

C'est en lisant la très méconnue *Notice de la régence de Tunis* de Dunant<sup>10</sup>, père fondateur du mouvement de la Croix-Rouge et initiateur de la *Convention de Genève du 22 août 1864 pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en*

---

history, while widening the scope of inquiry and exploring peripheries, have challenged and often rejected the very notion of the 'global'.

Voir Alexandra KEMMERER, « A Review Symposium on Bardo Fassbender and Anne Peters, dir., *The Oxford Handbook of the History of International Law* (2012) », (2014) 25-1 *European Journal of International Law*, p. 287-295. Voir également Becker LORCA ARNULF, *Mestizo International Law : A Global Intellectual History 1842-1933*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015 p. 5.

10. Henry Dunant est né à Genève, le 8 mai 1828, dans une famille religieuse. Premier lauréat du prix Nobel de la paix (1901) pour la fondation de la Croix-Rouge internationale et la rédaction de la première Convention de Genève de 1864. Il est décédé en 1910.

*campagne*<sup>11</sup>, que nous pouvons confirmer que le juriste, tout comme le législateur, ne vit pas en vase clos, loin de toute influence externe, de même que l'on peut prendre la mesure de l'importance accordée par Dunant aux préceptes islamiques. Comme l'a bien souligné un auteur, avant même de lire *Souvenir de Solferino*, les lecteurs de la *Notice de la régence de Tunis* verront ainsi se « profiler, derrière la silhouette rouge de la Croix, une image lointaine du croissant, celui que le jeune Dunant avait contemplé "au haut des mosquées, sur la tour des minarets d'où l'on appelle le peuple à la prière". Aussi les deux emblèmes sont-ils devenus synonymes dans le langage international<sup>12</sup> ». Ils relèveront aussi, à l'instar de Dunant, que l'hospitalité musulmane « est un embryon des relations internationales, une offre de participation proposée à l'étranger, à l'ennemi, à la notion de la personne humaine que la tribu s'est formée pour ses membres<sup>13</sup> ». Assurément, les séjours de Dunant en Algérie en 1853 et surtout en Tunisie en 1856<sup>14</sup> lui ont permis de se familiariser avec la pensée islamique. Cette « leçon de simplicité monothéiste et d'universalisme<sup>15</sup> », selon la formule de Massignon, a beaucoup marqué son action humanitaire. Il a pu ainsi découvrir l'islam et s'est senti « proche de cette religion qui vénère Abraham l'ami de Dieu, David "lieutenant de Dieu sur la terre" et le Messie Jésus, fils de Marie, envoyé de Dieu<sup>16</sup> ». Il a pu, surtout, comprendre que la connaissance de ces peuples, de leur histoire, de leurs mœurs, de leurs usages, de leurs us et coutumes est à même d'« affermir la foi et [de] jeter des jours lumineux sur le langage des Saintes Écritures [...] dont on ne peut guère

---

11. *Convention de Genève du 22 août 1864 pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne*, Genève, Manuel de la Croix-Rouge internationale, 1971, p. 13-14.

12. Anouar LOUCA, « Postface », dans Henry DUNANT, *Notice de la régence de Tunis*, Tunis, Société tunisienne de diffusion, 1975.

13. *Id.*

14. En 1853, Dunant entreprend, dans le contexte de son travail, un voyage qui l'a conduit en Algérie, en Tunisie et en Sicile. C'est pendant ce voyage qu'il rédige et publie en 1858 son premier ouvrage intitulé *Notice sur la régence de Tunis*. Voir Henry DUNANT, *Notice de la régence de Tunis*, Tunis, Société tunisienne de diffusion, 1975, p. 281.

15. Pierre BOISSIER, « Préface » dans Henry DUNANT, *Notice de la régence de Tunis*, Tunis, Société tunisienne de diffusion, 1975.

16. *Id.*

parfaitement comprendre ou saisir tous les détails sans un séjour au milieu des Arabes<sup>17</sup> ». C'est pour cette raison qu'il a étudié l'écriture et la langue arabe qu'il qualifie de « langue extrêmement difficile<sup>18</sup> », et c'est pour connaître les mœurs de ces populations qu'il a sillonné la Tunisie du nord au sud. Certes, ces séjours n'étaient pas vains. Ils pourraient même être considérés, à notre humble avis, comme le point de départ du droit international humanitaire contemporain, puisque la rage de Dunant contre son ennemi éternel, la guerre, existe avant même la bataille de Solferino de 1859 et ses 40 000 victimes<sup>19</sup> laissées sans secours ni aide sur les plaines de Medole, dans les ravins de San Martino et sur les escarpements du mont Fontana<sup>20</sup>. Les atrocités des guerres coloniales qu'il a pu observer et vivre en Algérie et ailleurs ont été le déclencheur de cette rage :

Car l'ennemi, dit-il, n'est pas la nation voisine, c'est la faim, le froid, la misère, l'ignorance, la routine, la superstition, les préjugés. Que dire de l'esprit de violence et de destruction qui préside à la guerre où « tout soldat fait un métier d'assassin »? Au lieu de lutter ensemble contre la misère, contre l'ignorance, les hommes s'encouragent mutuellement et luttent d'émulation dans d'aveugles emportements nationaux, dans des perturbations sanguinaires insensées<sup>21</sup>.

---

17. H. DUNANT, préc., note 14, p. 207.

18. P. BOISSIER, préc., note 15.

19. Notons à cet égard que certains auteurs, notamment Boissier dans son ouvrage *From Solferino to Tsushima : History of the International Committee of the Red Cross*, prétendent que les musulmans étaient responsables de ce nombre de victimes puisque les troupes musulmanes qui combattaient au côté de Napoléon III avaient refusé la capitulation des combattants autrichiens. Voir Pierre BOISSIER, *From Solferino to Tsushima: History of the International Committee of the Red Cross*, t. 1, Genève, Henry Dunant Institute, 1985. Voir aussi James COCKAYNE, « Islam and International Humanitarian Law: From a Clash to a Conversation Between Civilizations », (2002) 847-84 *International Review of the Red Cross* 597.

20. Henry DUNANT, *Un souvenir de Solferino*, Genève, Imprimerie Jules-Guillaume Fick, 1862, p. 108.

21. *Id.*, p. 156.

Autrement dit, la guerre n'est ni une fatalité ni un destin; elle est un crime, « le crime en particulier que les pays que l'on appelle chrétiens décorent du nom de (la) politique coloniale<sup>22</sup> » :

[C'est une rage contre la guerre et contre ces nations qui] prétendent, pour couvrir leur ambition et leur injustice, qu'elles y portent la civilisation moderne; mais en réalité, ce qu'elles y portent, ce sont les vices, les corruptions et toutes les iniquités que ces peuples ne connaissent pas encore : c'est rarement la vraie civilisation; c'est l'opium, c'est le rhum, c'est l'eau-de-vie, c'est la poudre, avec les armes les plus meurtrières : ce qui ruine et ce qui détruit, au moral comme au physique. Elles y portent ce qui dégrade et ce qui deprave, ôtant ainsi aux indigènes les qualités de leurs défauts ou décuplant ces défauts mêmes. Avec cela, réduisant leurs villages en cendres, volant leur bétail, incendiant leurs récoltes, décimant leurs familles, portant la dévastation, le deuil et la misère dans des maisons, des tentes, des cabanes, jusque-là tranquilles.<sup>23</sup>

À la suite de cette « notice », Dunant publiera, en 1863, un autre opuscule, hélas méconnu lui aussi, dans lequel il confirmera sa profonde connaissance de certains principes humanitaires musulmans, voire de certaines règles matérielles du droit musulman, et où il fera l'éloge de l'expérience musulmane pour mettre fin à l'esclavage, tout en critiquant l'expérience américaine en la matière. Cet opuscule intitulé *L'esclavage chez les musulmans et aux États-Unis d'Amérique* a paru sous la signature de l'auteur d'*Un souvenir de Solferino*. À titre d'exemple et parlant de l'esclavage comme pratique inhumaine, il dit en substance ceci :

Chez les musulmans, les lois ont été faites en faveur de l'esclave, tandis qu'en Amérique, dictées par l'avarice et l'égoïsme, elles l'enserrent, de toutes parts, comme dans une prison aux murs de fer. Chez les premiers, non seulement le noir ou le mulâtre est traité avec ménagement et bonté, mais il est considéré par les mœurs et par la loi

---

22. P. BOISSIER, préc., note 15.

23. Henry DUNANT, *Un souvenir de Solferino : suivi de l'avenir sanglant*, Genève, Institut Henry-Dunant, 1969, p. 200, à la page 167.

comme l'égal de l'homme blanc; aucun mépris ne pèse sur lui : en un mot c'est un frère<sup>24</sup>.

Par ailleurs, nous sommes convaincu que la bataille de 1859, qui a opposé l'armée française à l'armée autrichienne sur le sol italien et dont Dunant a été témoin, n'a fait que renforcer son projet humanitaire et accentuer sa colère contre l'injustice et contre les atrocités de la guerre. Durant ce conflit, Dunant est resté marqué par les milliers de victimes laissées sans aide, sur le champ de bataille, alors que des secours sanitaires, s'ils avaient existé à cette époque-là, auraient pu les sauver ou les soulager<sup>25</sup>. Cette bataille a dès lors été un événement décisif dans l'évolution historique du droit international humanitaire contemporain et de la mise en œuvre de ses règles. À partir de cette époque, les conflits armés ont été considérés comme des faits politiques; quant à la mise en œuvre de leurs différentes règles, elle serait désormais tributaire de l'existence de certains éléments factuels et de critères objectifs<sup>26</sup>. L'action humanitaire, quant à elle, est devenue une action universelle et impartiale sans distinction de religions, de races ou de nationalités. Non seulement les États musulmans entérineront l'acceptation factuelle<sup>27</sup> des conflits armés et le caractère universel de l'action humanitaire, mais ils seront parmi ses principaux concepteurs et défenseurs, surtout que les successeurs de Dunant continueront et affirmeront son œuvre universaliste et humaine.

---

24. Henry DUNANT, *L'esclavage chez les musulmans et aux États-Unis d'Amérique*, Genève, Imprimerie Jules-Guillaume Fick, 1863.

25. H. DUNANT, préc., note 20.

26. Jean-René DUPUY et Antoine LEONETTI, « La notion de conflit armé à caractère non international », dans Antonio CASSESE (éd.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Naples, Editoriale Scientifica, 1979, p. 268.

27. Nous pensons que l'opération consistant dans l'objectivisation (ou la factualisation) des conflits armés a constitué un élément déterminant dans l'évolution du droit international humanitaire contemporain. Voir Jabeur FATHALLY, *Les principes du droit international musulman et la protection des populations civiles en cas de conflits armés : de la binarité guerrière au Droit de Genève. Histoire d'une convergence*, thèse de doctorat, Ottawa, Université d'Ottawa, 2012.

## 2- Les pères fondateurs du droit international humanitaire et la tradition musulmane

Si « les actes qu'il s'agit de connaître n'avaient laissé aucune trace, aucune connaissance n'en serait possible. Mais souvent les faits disparus ont laissé des traces, quelquefois directement sous forme d'objets matériels, le plus souvent indirectement sous la forme d'écrits rédigés par des gens qui ont eux-mêmes vu ces faits<sup>28</sup> » : c'est ainsi que Charles Seignobos, célèbre historien français, définit la méthode historique et son importance dans la compréhension des événements et de l'évolution des institutions. Le recours aux écrits et aux déclarations des pères fondateurs du droit international humanitaire témoigne de l'importance des principes humanitaires développés par la tradition musulmane. Ces documents peuvent être considérés, à notre avis, comme « des traces », certes indirectes mais non négligeables de cette présence ou influence musulmane.

Ainsi, pour Jean Pictet<sup>29</sup>, l'un des principaux rédacteurs des conventions de Genève de 1949 :

Le droit international humanitaire possède tout spécialement cette vocation universelle, puisqu'il est fait pour tous les hommes et tous les pays. En travaillant à l'élaboration et au perfectionnement de ce droit, dont il a suscité la naissance et dont il favorise la promotion et la diffusion, le comité international de la Croix-Rouge a précisément recherché ce commun dénominateur et il a proposé des règles acceptables pour tous, parce que pleinement conformes à la nature humaine. C'est d'ailleurs ce qui a fait la force et la pérennité de ces règles<sup>30</sup>.

---

28. Charles SEIGNOBOS, « La méthode historique appliquée aux sciences sociales », Lyon, ENS Éditions, 2014, par. 5, [En ligne] [[books.openedition.org/enseditions/492?lang=fr](http://books.openedition.org/enseditions/492?lang=fr)] (10 janvier 2016).

29. Jean Pictet (1914-2002) est un haut dirigeant du CICR et un des principaux rédacteurs des conventions de Genève de 1949.

30. Jean PICTET, *Les idées humanitaires à travers les divers courants de la pensée et des traditions culturelles*, Genève, Institut Henry-Dunant et Paris, Pedone/UNESCO, 1985, p. 118, à la page 19.

Dans un autre article, le même auteur ira jusqu'à dire que « l'Islam a devancé la chrétienté dans l'effort juridique destiné à restituer aux barbares, étrangers comme esclaves, la personnalité humaine<sup>31</sup> ». D'autres auteurs déclareront que c'est grâce à l'Islam et aux contributions des pays musulmans que le droit international humanitaire s'est détaché de ses racines chrétiennes pour devenir un droit séculier et universel<sup>32</sup>. D'après le baron Michel de Taube<sup>33</sup>, pourtant connu pour son scepticisme à l'égard des guerres musulmanes, l'influence de « l'Orient musulman sur l'Europe a été si forte qu'il [lui] paraît impossible de laisser de côté ce facteur de la vie internationale européenne<sup>34</sup> ». Dans son cours donné en 1926, à l'Académie de droit international de La Haye, il reconnaît que les diverses règles de droit musulman ayant pour objet d'humaniser la guerre étaient « de beaucoup antérieures aux idées et aux principes de droit analogue qui commencent à cette même époque (VII<sup>ème</sup> au XIII<sup>ème</sup> siècle) à se frayer leur chemin à travers la barbarie de la vie internationale de l'Europe d'alors<sup>35</sup> », allant même jusqu'à affirmer que les règles du droit international public moderne relatives à la déclaration de la guerre sont les « descendantes directes » de la doctrine juridique musulmane<sup>36</sup>. Pour Gustave Moynier, unique juriste du Comité des Cinq qui a fondé le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) et premier président de ce dernier, l'Islam a beaucoup contribué au triomphe de la fraternité et de la justice<sup>37</sup>. Parlant des idées philosophiques et religieuses qui influencent les principes du droit international humanitaire contemporain, Max Huber, troisième président du CICR et ancien juge de la Cour

---

31. Jean PICTET, *Développement et principes du droit international humanitaire*, Genève, Institut Henry-Dunant et Paris, A. Pedone, 1983, p. 24.

32. J. COCKAYNE, préc., note 19, p. 598.

33. Le baron Michel de Taube (1869-1961), juriste russe, est un ancien membre de l'Institut de droit international, de l'Académie de droit international de La Haye et de la Cour permanente d'arbitrage.

34. Michel DE TAUBE, « Études sur le développement historique du droit international dans l'Europe Orientale », (1926) 11-1 *Recueil des Cours* 341, p. 381.

35. *Id.*, p. 393.

36. *Supra*, note 19.

37. Gustave MOYNIER, *Essai sur les caractères généraux des lois de la guerre*, Genève, C. Eggiman & Cie, 1895, p. 89.



internationale de justice (CIJ), écrit que « les points de vue les plus divers de la philosophie, [de] la religion et de l'expérience humaine permettent à l'homme de parvenir à l'idée de la Croix-Rouge, au principe moral qu'elle incarne et à l'action qu'elle réclame<sup>38</sup> ».

Ancien diplomate et ancien délégué du CICR au Caire, le professeur Marcel Boisard, qui a entrepris des recherches sur l'influence de l'islam sur le droit occidental pendant la période du Moyen Âge<sup>39</sup>, affirme, à l'instar d'autres auteurs<sup>40</sup>, que l'influence musulmane ne se limite pas aux pères fondateurs du droit international humanitaire contemporain. Il s'agit, selon lui, d'une influence plus vaste et plus étendue qui a marqué la civilisation occidentale depuis le XI<sup>e</sup> siècle :

In concluding this undisciplined race across the long period between the seventh and the sixteenth centuries, we should insist that Islam did not confine itself only to the "transmission" of the best thought and science of ancient times. Most of all, it brought a rich originality of spirit. Confining oneself to considering the Muslim Arab civilisation as a "mediator" is to commit the sin of intellectual laziness. This is particularly true when we consider international law. Indeed, Islam assimilated, completed, and developed the rules of the law of war by making them "international" since they were to be applied in just the same way in favour of non-Muslim communities and external civilisations. This conception has no counterpart in the Graeco-Roman legal literature, one whose limits are known to us<sup>41</sup>.

La Cour permanente internationale de justice (CPIJ), pour sa part, devait reconnaître dès 1933 le droit musulman comme une

---

38. Max HUBER, « Le bon Samaritain », dans CICR, *La pensée et l'action de la Croix-Rouge*, Genève, CICR, 1954, p. 327.

39. Voir : M. BOISARD, préc., note 8; Marcel BOISARD, *L'Islam aujourd'hui*, Paris, Flammarion, 1985.

40. H. GROTIUS, préc., note 7.

41. Marcel A. BOISARD, « On the Probable Influence of Islam on Western Public and International Law », (1980) 11-4 *International Journal of Middle East Studies* 429, p. 429-450.

source du droit international public<sup>42</sup>, confirmant ainsi la position des juristes musulmans selon laquelle l'Islam est l'une des grandes civilisations auxquelles font allusion les articles 9 et 38 du Statut de la Cour<sup>43</sup>. Ce sera en s'appuyant sur cette base que les juristes musulmans contribueront aussi sans complexe à l'édification du système de droit international humanitaire contemporain.

## **II- L'apport spécifique des juristes musulmans à la codification des règles du droit international humanitaire**

L'apport spécifique des juristes et des délégués musulmans se manifeste par leur rôle dans l'élaboration des quatre conventions de Genève de 1949<sup>44</sup> (1) et surtout par leurs interventions énergiques dans la rédaction aussi bien du Protocole additionnel I<sup>45</sup> (2) que du Protocole II rattachés tous deux aux conventions de Genève du 12 août 1949<sup>46</sup> (3).

---

42. J. COCKAYNE, préc., note 19, p. 626. Voir aussi James COCKAYNE, « Proceeding of International Conference on Comparative Law of 1932 », (1937) *Bulletin trimestriel de la Société de législation comparée* 346.

43. J. COCKAYNE, préc., note 19, p. 626.

44. Il s'agit des conventions adoptées le 12 août 1949 :

- la *Convention pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les armées en campagne*, 12 août 1949, 118 R.T.S.N. 304 (I);
- la *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, 12 août 1949, 75 R.T.S.N. 85 (II);
- la *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, 12 août 1949, 75 R.T.S.N. 135 (III);
- la *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, 12 août 1949, 75 R.T.S.N. 287 (IV).

45. CONFÉRENCE DIPLOMATIQUE SUR LA RÉAFFIRMATION ET LE DÉVELOPPEMENT DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE APPLICABLE DANS LES CONFLITS ARMÉS, *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux*, 4<sup>e</sup> session (1977).

46. *Id.*

## 1- La contribution musulmane à l'élaboration des quatre conventions de Genève de 1949

Il n'est pas sans importance de rappeler que la Turquie de l'Empire ottoman a été l'un des premiers pays signataires<sup>47</sup> de la *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne* du 22 août 1864. Elle a été aussi à l'origine de la création du deuxième emblème du CICR, à savoir le Croissant-Rouge. Ce dernier événement mérite notre attention, puisque les discussions qui ont eu lieu entre la Turquie et le CICR étaient, à notre avis, révélatrices du climat de collaboration, de dialogue et de respect qui marquait (et qui marque encore) les travaux du CICR, en dépit de certaines différences de points de vue. Ainsi, dès le début de la guerre russo-turque de 1876-1878<sup>48</sup>, l'Empire ottoman, qui avait pourtant adhéré à la Convention de Genève du 22 août 1864 en question sans faire de réserve, a déclaré que, « tout en respectant le signe de la croix rouge qui protégeait les ambulances ennemies, il adopterait à l'avenir le signe du croissant rouge pour la signalisation de ses propres ambulances<sup>49</sup> ».

La Sublime Porte juge alors, en effet, que le signe distinctif de la Convention de Genève entrave « l'organisation du service de secours aux militaires blessés [en raison] de la difficulté de [le] faire adopter par le soldat musulman<sup>50</sup> ». La réaction du CICR n'a pas

---

47. Le 25 juillet 1865, la Turquie a adhéré sans réserve à la Convention du 22 août 1864.

48. Ce conflit a opposé l'Empire ottoman à la Russie et aux autres pays du Balkan (la Serbie, le Monténégro) et à la Roumanie.

49. François BUGNION, « L'emblème de la Croix-Rouge et celui du Croissant-Rouge », (1989) 71-779 *RICR* 424, p. 428.

50. BULLETIN INTERNATIONAL DES SOCIÉTÉS DE LA CROIX-ROUGE, « Le croissant rouge », (1877) 8-29 *Bulletin international des sociétés de secours aux militaires blessés* 35, p. 36-37. Voir également François BUGNION, *Croix Rouge, Croissant Rouge, Cristal Rouge*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, p. 10, [En ligne] [[www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc\\_001\\_0778](http://www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc_001_0778)] (2 mars 2016), citant la « Dépêche de la Sublime Porte au Conseil fédéral », *Bulletin international des sociétés de secours aux militaires blessés*, n° 29, 1877, p. 36. Dans ladite dépêche, nous pouvons lire ce qui suit :

tardé. Dans son bulletin<sup>51</sup>, il souligne l'irrégularité de la démarche turque visant à modifier *de facto* et unilatéralement l'article 7 de la Convention. Tout en affirmant que le signe de la croix rouge n'est pas un signe religieux, contrairement à ce qu'y voient les musulmans, le CICR rappelle que le croissant est « l'emblème national et religieux de l'Empire ottoman<sup>52</sup> ». Il en conclut que, de ce fait, « l'opposition des peuples et des croyants sera transposée dans le signe de protection; cette opposition doit être évitée, surtout

---

À Son Excellence Monsieur Scherer, Président de la Confédération Suisse à Berne.

Monsieur le Président,

Comme signataire de la Convention de Genève, la Turquie a pris l'engagement de respecter et de protéger les ambulances de la Société de la Croix rouge en même temps qu'elle a acquis le droit de former elle-même des sociétés ayant le même objet et régies par les mêmes règles. Son engagement a été scrupuleusement observé, mais l'exercice de son droit a été, jusqu'à présent, paralysé par la nature même du signe distinctif de la Convention de Genève, qui blessait les susceptibilités du soldat musulman. Pour obvier à cet inconvénient, la Sublime Porte a autorisé la création d'ambulances ottomanes, placées sous la règle et sous la sauvegarde de la Convention de Genève, avec le drapeau et le brassard blancs, en substituant seulement le Croissant à la Croix rouge. En portant cette résolution à la connaissance de Votre Excellence, je viens La prier de vouloir bien prendre les mesures qu'Elle croirait nécessaires pour que le Croissant rouge sur fond blanc soit admis et respecté par les Puissances signataires de la Convention, comme signe de neutralisation au même degré et dans les mêmes conditions que la Croix rouge. Je suis convaincu, Monsieur le Président, que vous serez heureux de contribuer ainsi à étendre les bienfaits de l'institution que vous représentez dans un but d'humanité, quels qu'en puissent être les moyens et les formes extérieures et apparentes. Je n'ai pas besoin d'ajouter que le Croissant rouge, étant accepté comme l'équivalent de la Croix rouge, ne sera jamais employé dans les armées impériales que pour le service des ambulances et les secours aux blessés. Veuillez agréer, Monsieur le Président, l'assurance de ma haute considération. SAFVET – 16 novembre 1876.

51. Gustave ADOR et Adolph L. MICHELI, « Trente-sixième circulaire à Messieurs les Présidents et let Membres des Comités centraux de secours aux militaires blessés », (1877) 8-30 *Bulletin international des sociétés de secours aux militaires blessés*, 39, [En ligne] <[www.cambridge.org/core/journals/bulletin-international-des-societes-de-la-croix-rouge/issue/AC452C8FE1FA437C2DD657A934FFFA6A](http://www.cambridge.org/core/journals/bulletin-international-des-societes-de-la-croix-rouge/issue/AC452C8FE1FA437C2DD657A934FFFA6A)].
52. Véronique HAROUEL, *Histoire de la Croix-Rouge*, Paris, Presses universitaires de France, 1999, p. 26.

dans une guerre où le fanatisme religieux menace d'être surexcité au suprême degré<sup>53</sup> ». Après d'âpres discussions, la modification décidée unilatéralement par la Turquie a été acceptée, mais pour la durée du conflit en question seulement. Un autre pays musulman, la Perse, d'obédience chiite, devait revendiquer la reconnaissance de l'emblème du Lion-et-soleil rouge. La Conférence diplomatique de 1906 a maintenu la règle générale de l'unité du signe distinctif, mais a autorisé l'Empire ottoman et la Perse à formuler des réserves<sup>54</sup>. Finalement, ces deux emblèmes seront reconnus par la Conférence diplomatique de 1929, laquelle précise toutefois que, à « l'avenir, de nouveaux emblèmes ne seraient pas reconnus<sup>55</sup> ».

Le rôle des pays musulmans et celui des juristes musulmans ne prendront pas fin avec la dislocation de l'Empire ottoman et l'instauration d'un État laïc en Turquie en 1923. Au contraire, bien qu'elles soient soumises à des régimes de protectorat et de colonisation, les anciennes régences de la Sublime Porte continueront à jouer un rôle effectif dans l'élaboration des instruments juridiques relatifs au droit des droits de la personne et au droit international humanitaire. La participation, en 1949, de l'Afghanistan, de l'Égypte, de l'Iran, du Liban, du Pakistan, de la Syrie et de la Turquie aux travaux de la Conférence diplomatique pour l'élaboration de conventions internationales destinées à protéger les victimes de la guerre en est une preuve (voir annexe : *Liste des délégués, experts et observateurs des pays musulmans aux conférences diplomatiques de 1949*). Ces travaux, qui se sont achevés le 12 août 1949, après avoir adopté les quatre conventions de Genève en présence de 64 pays, soit la quasi-totalité des États du monde, n'ont pas été marqués par une quelconque abstention

---

53. *Id.*

54. *Actes de la Conférence de Révision réunie à Genève du 11 juin au 6 juillet 1906*, Genève, Imprimerie Henry Jarrys, 1906, par. 17, 63, 160-164, 175, 199, 214, 260 et 286.

55. *Actes de la Conférence diplomatique convoquée par le Conseil fédéral suisse pour la Révision de la Convention du 6 juillet 1906 pour l'Amélioration du Sort des Blessés et Malades dans les Armées en Campagne, et pour l'Élaboration d'une Convention relative au Traitement des Prisonniers de Guerre réunie à Genève du 1<sup>er</sup> au 27 juillet 1929*, Genève, Imprimerie du Journal de Genève, 1930, par. nos 19, 247 à 254, 570, 615 et 666.

de la part des pays musulmans sur le contenu desdites conventions, notamment sur la formulation des articles 2 et 3 communs aux quatre conventions<sup>56</sup>. Ainsi peut-on y lire ceci :

- Fruits de ces efforts, les textes définitifs des quatre Conventions suivantes sont adoptés lors de la trente-sixième Assemblée plénière: Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (Convention I), adoptée par 47 voix sans opposition et une abstention (Israël);
- Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer (Convention II), adoptée par 48 voix sans opposition et une abstention (Israël); Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (Convention III), adoptée à l'unanimité des 49 délégations qui ont pris part au vote; Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (Convention IV), adoptée par 47 voix sans opposition et deux abstentions (Birmanie et Israël)<sup>57</sup>.

L'accès des pays musulmans à l'indépendance et l'émergence des pays du tiers-monde comme un nouvel acteur sur la scène mondiale ont permis aux juristes et aux États musulmans de contribuer plus efficacement à l'élaboration du droit international humanitaire et à la formulation actuelle de la notion de conflit armé international.

---

56. Il convient de signaler que le Portugal a émis des réserves sur le contenu de l'article 3 en question. Le chargé d'affaires du Portugal en Suisse, M. Gonçalo Caldeira Coelho, a formulé les remarques suivantes concernant l'article 3, commun aux quatre conventions :

N'étant pas concrètement défini ce qui doit être appelé un conflit de caractère non international et, au cas où, par cette désignation on entend se référer uniquement à la guerre civile, n'étant pas clairement établi le moment à partir duquel une rébellion armée de caractère interne doit être considérée comme telle, le Portugal se réserve le droit de ne pas appliquer, dans tous les territoires soumis à sa souveraineté dans n'importe quelle partie du monde, la matière de l'article 3 dans tout ce qu'elle puisse avoir de contraire aux dispositions de la loi portugaise.

57. Catherine REY-SCHYRR, « Les Conventions de Genève de 1949 : une percée décisive », (1999) 81-833 *RICR* 209, p. 209.

## 2- L'activisme musulman et les péripéties du Protocole additionnel I

Il suffit pour se convaincre rappeler que, durant les conférences diplomatiques tenues de 1974 à 1977, les travaux de la Commission chargée d'examiner les questions juridiques relatives aux deux protocoles (Commission I) ont été marqués par l'activisme de plusieurs délégations musulmanes en vue d'inclure les guerres de libération nationale dans les dispositions du Protocole I<sup>58</sup>. Ces délégations voulaient que ces guerres soient considérées comme des conflits internationaux au sens du droit humanitaire, dans l'espoir d'accorder une protection aux combattants capturés<sup>59</sup>. Ainsi, la délégation de l'Égypte, soutenue par les autres délégations musulmanes, auxquelles s'étaient jointes d'autres délégations des pays du tiers-monde, ainsi que la Yougoslavie, la Norvège et l'Australie, ont demandé que soit ajouté un deuxième paragraphe à l'article premier du Protocole I, qui se lisait ainsi :

Les situations visées au paragraphe précédent comprennent les luttes armées menées par les peuples en vue d'exercer leur droit à disposer d'eux-mêmes, tel que ce droit est consacré par la Charte des Nations Unies et défini par la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies<sup>60</sup>.

Bien qu'elle ait été légèrement amendée<sup>61</sup>, cette proposition montre éloquentement que les pays musulmans n'avaient aucune

---

58. Rosemary ABI-SAAB, *Droit humanitaire et conflits internes : origines et évolutions de la réglementation internationale*, Genève, Institut Henry Dunant, 1986, p. 134. Il va sans dire que le juriste égyptien Georges Abi-Saab a joué un rôle doctrinal indéniable pour inclure les guerres de libération nationale dans le Protocole I. Voir à cet égard Georges ABI-SAAB, « Wars of National Liberation and the Laws of War », (1972) 3 *Annals of International Studies* 93.

59. R. ABI-SAAB, préc., note 58, p. 133.

60. *Id.*

61. Dans sa dernière version, cette disposition se lit comme suit :  
Dans les situations visées au paragraphe précédent sont compris les

objection à formuler à l'égard des critères factuels servant à la détermination des conflits armés internationaux et qu'ils n'ont jamais essayé de lui donner une coloration religieuse. Cela ne veut pas dire pour autant qu'ils aient mis de côté les règles du droit musulman et qu'ils aient contribué au développement du droit international loin de toute influence religieuse, voire encore qu'ils n'étaient pas conscients de leur héritage juridique<sup>62</sup>. Contrairement à John Kelsay pour qui, « Muslims who have been doing the most thinking about the conduct of war have not been doing so as self-conscious developers of tradition of Islamic Thought<sup>63</sup> », nous pensons que ces juristes ne voyaient aucune incompatibilité entre les règles du droit international humanitaire et les préceptes du droit musulman. D'ailleurs, Kelsay semble croire que le nationalisme ou le panarabisme, que le monde arabe a connu depuis la dislocation du Califat, s'oppose à la tradition islamique, ce qui aurait facilité, selon lui, l'adhésion de ces pays aux conventions en question. Il donne comme exemple le nationalisme affiché de l'Organisation de libération de la Palestine (OLP) et son recours à un discours révolutionnaire exaltant l'unité arabe et les modèles de libération contre les régimes impériaux<sup>64</sup>. Pour notre part, ce raisonnement nous paraît confondre l'Islam, en tant qu'héritage spirituel et doctrinal pour tous les musulmans, y compris les Arabes, et le nationalisme arabe, mouvement

---

conflits armés dans lesquels les peuples luttent contre la domination coloniale et l'occupation étrangère et contre les régimes racistes dans l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, consacré dans la Charte des Nations Unies et dans la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies.

- 62. Pour John Kelsay, « Muslims who have Islamic Scholars' participation in the development of IHL since this period has worked from within this law and has not attempted, until recently, to develop an independent Islamic approach to limiting the conduct of armed hostilities ». J. COCKAYNE, préc., note 19, p. 611.
- 63. John KELSAY, « Islam and the Distinction between Combatants and Non-combatants », dans James TURNER JOHNSON et John KELSAY (dir.), *Cross, Crescent and Sword: The Justifications and Limitation of War in Western and Islamic Tradition*, Westport, Greenwood Press, 1990, p. 197, à la page 208.
- 64. *Id.*



idéologique dont l'objet est de créer l'unité (*al-wihdah*) de tous les peuples arabes. L'Islam est d'ailleurs considéré comme un facteur déterminant au service de cette unité. Gamel Abdel-Nasser (Nasser), figure de proue de ce nationalisme arabe<sup>65</sup>, s'affichait régulièrement dans ses discours comme un bon musulman. Il a même été, à une époque, très proche du mouvement égyptien des Frères musulmans avant d'en devenir l'ennemi juré<sup>66</sup>. Les divergences entre les panarabistes et les islamistes ne portent pas sur l'Islam en tant que religion, mais sur des questions d'ordre politique. Faut-il ajouter, pour se convaincre de cela, que Nasser a été à l'origine de la première tentative en vue de créer une organisation panislamique lors de sa rencontre en 1954, alors qu'il faisait le pèlerinage à la Mecque, avec le roi Sa'ūd (1902-1969) d'Arabie saoudite et le président pakistanais Muhammad 'Alī<sup>67</sup>. Spécialiste connu du monde arabe et islamique, le Français Olivier Roy explique ainsi cette réalité :

Aujourd'hui comme hier, le Hamas et le Jihād palestiniens ne contestent pas l'OLP sur le plan religieux, mais sur la « trahison » des intérêts du peuple palestinien; le Hezbollah libanais a toujours présenté son combat au Sud du pays comme une lutte de libération du territoire national; le FIS (Front Islamique de Salut-Algérie) se réclamait du « vrai » FLN (Front de Libération Nationale). L'organisation des Frères musulmans a toujours été divisée en chapitres nationaux, à mille lieues du fantasme de « l'internationale islamiste »<sup>68</sup>.

---

65. Gilles KEPEL, *Fitna : guerre au cœur de l'Islam*, Paris, Gallimard, 2004, p. 107.

66. Tewfiq ACLIMENDOS, *Officiers et frères musulmans*, Collection « Études et documents », p. 30, [En ligne] [www.cedej.org.eg] (10 novembre 2016).

67. Mohammed AL-MIDANI, « Le mouvement du panislamisme : son origine, son développement, et la création de l'Organisation de la Conférence Islamique », (2002) 5-1 *Le Courrier du Geri – Revue d'islamologie et de théologie musulmane* 109.

68. Olivier ROY, « L'Islamisme nouveau panarabisme », (2005) *Alternatives Internationales*, en ligne : [www.ceri-sciencespo.com/archive/jan06/editor.pdf] (10 novembre 2016).

Autrement dit, les nationalistes comme les islamistes ne contestaient pas la validité de l'islam. C'est pourquoi il nous semble hasardeux de penser que les juristes représentant la délégation égyptienne aux conférences diplomatiques de 1974-1977, et dont les efforts ont été déterminants dans l'élaboration des deux protocoles additionnels, ont paru oublier que l'article 2 de la Constitution égyptienne déclare que « l'Islam est la religion de l'État dont la langue officielle est l'arabe; les principes de la loi islamique constituent la source principale de législation ». Il en est de même pour les représentants de l'État pakistanais, dont l'article 2 de la Constitution affirme que « l'Islam est la religion de l'État ». C'est aussi mal comprendre les réalités sociologiques et politiques du monde musulman que de ne pas tenir compte de l'influence qu'exerce l'islam, même d'une façon indirecte, sur les institutions étatiques et surtout sur le comportement de la majorité des musulmans. Faut-il aussi rappeler l'opposition manifestée par plusieurs délégations musulmanes contre certaines dispositions de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, parce qu'elles les jugeaient incompatibles avec les préceptes de l'islam? Comme le mentionne Mohammed Amin Al-Midani :

Certains articles de cette Déclaration, plus que d'autres, ont fait l'objet d'interventions, de discussions, de propositions, d'abstentions ou de votes de la part de ces représentants : les articles 1, 13, 16 et 18. Quelques paragraphes des articles 16 et 18 entrent en conflit avec quelques dispositions de la [sharī'ah], d'où les protestations, les interventions et les abstentions de vote de certains représentants d'États islamiques. Mais, lors du vote final de la Déclaration universelle, un seul État islamique s'est abstenu, l'Arabie saoudite, et le représentant d'un autre État islamique, le Yémen, n'était pas présent lors de ce vote<sup>69</sup>.

---

69. Mohammed AMIN AL-MIDANI, « Les États islamiques et la Déclaration universelle des droits de l'homme », (1998) 1-3 *Le Courrier du Geri – Revue d'islamologie et de théologie musulmane*, [En ligne] [stehly.chez-alice.fr/nouvelle10.htm]. Voir également Mohammed AMIN AL-MIDANI, « La liberté religieuse en tant que droit de l'Homme en Islam », (2012) *Les Cahiers de l'Islam – Revue d'études sur l'Islam et le monde musulman*, [En

Autrement dit, le droit musulman n'a jamais été écarté ni ignoré dans les démarches des juristes et des États musulmans et dans leurs efforts en vue de l'élaboration des instruments internationaux, comme le prouve leur contribution à l'élaboration du Protocole additionnel II relatif aux conflits armés non internationaux.

### 3. Les juristes musulmans comme principaux rédacteurs du Protocole II

Les péripéties qui ont entouré l'élaboration du Protocole II (entré en vigueur en 1977) sont à même de montrer le rôle joué par les juristes des pays musulmans dans la rédaction de ce protocole et surtout dans l'adoption de sa version définitive. À cet égard, Rosemary Abi-Saab rapporte qu'au moment de l'examen du premier projet sur le Protocole II, préparé par les trois commissions formées lors de la Conférence diplomatique de 1974-1977, soit la Commission chargée d'examiner les questions juridiques, la Commission chargée des questions relatives à la protection des blessés et malades et la Commission de la protection matérielle en général et de la protection des civils en particulier, le Pakistan a présenté, *in extremis*, « un autre projet complet mais simplifié<sup>70</sup> », lequel a obtenu « un soutien subit et général<sup>71</sup> ». À en croire le juge Hussain<sup>72</sup>, représentant de la délégation du Pakistan, ce dernier projet, d'ailleurs appelé « *Hussain Draft*<sup>73</sup> », a été soumis par souci

---

ligne] [[www.lescahiersdelislam.fr/La-liberte-religieuse-en-tant-que-droit-de-l-Homme-dans-l-Islam\\_a74.html](http://www.lescahiersdelislam.fr/La-liberte-religieuse-en-tant-que-droit-de-l-Homme-dans-l-Islam_a74.html)] (10 novembre 2016). Selon le même auteur, avant l'adoption par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies (ONU) de l'article 18 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Jamil M. Baroody, à l'époque représentant de l'Arabie saoudite, s'est opposé à la clause relative à la liberté de changement de religion. Il s'agit, selon lui, d'une clause qui « joue en faveur des interventions politiques étrangères qui se présentent comme des missions pratiquant le prosélytisme »!

70. R. ABI-SAAB, préc., note 58, p. 138.

71. *Id.*, p. 139.

72. Luigi CONDORELLI, « Les pays afro-asiatiques », dans Antonio CASSESE (dir.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Naples, Editoriale Scientifica, 1979, p. 386, à la page 390.

73. Asbjörn EIDE, « The New Humanitarian Law in Non-International Armed

de compromis et pour éviter que le projet élaboré par les trois commissions soit rejeté par la Conférence plénière<sup>74</sup>. Il mentionne que, après consultations auprès de nombreuses autres délégations, sa propre délégation s'est rendu compte de certains problèmes :

[La] longueur du texte et le fait que ce texte abordait des domaines considérés comme sacro-saints et impropres pour un instrument international ont suscité un profond mécontentement [...] Craignant donc que l'adoption ou la ratification du Protocole ne soit menacée, et après consultations avec d'autres délégations, la délégation du Pakistan a établi une version du Protocole II [...] qui, bien que simplifiée, suit le texte original<sup>75</sup>.

Quoi que l'on dise sur « les vicissitudes qu'a vécues le II<sup>ème</sup> Protocole<sup>76</sup> » ou sur sa fébrile acceptation par certains pays européens<sup>77</sup> sur la base de « half an egg is better than an empty shell<sup>78</sup> », ce protocole a marqué la forte présence à la table des négociations des pays musulmans, surtout dans le contexte du mouvement des pays non alignés, et leur détermination à contribuer à l'édification du droit international humanitaire contemporain. Faut-il rappeler que les pays musulmans tels que l'Égypte, le Pakistan, l'Algérie, l'Indonésie, l'Iran et le Nigeria, étaient les principaux fondateurs du mouvement des pays non alignés, aux côtés de l'Inde et de la Chine? C'est ce qu'a bien décrit Luigi Condorelli :

[Une] bonne partie des progrès que le droit humanitaire de la guerre a accomplis à Genève est due à l'action largement

---

Conflict», dans Antonio CASSESE (dir.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Naples, Editoriale Scientifica, 1979, p. 277, à la page 304.

74. R. ABI-SAAB, préc., note 58, p. 138.

75. COMITÉ DIRECTEUR POUR LES DROITS DE L'HOMME, COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME, *Compte-rendu analytique de la quarante-neuvième séance plénière*, Doc. CDDH/SR.49, par. 10-11, [En ligne] [www.legal-tools.org/doc/bdd632/pdf/] (25 mars 2017).

76. R. ABI-SAAB, préc., note 58, p. 390.

77. Tels que l'Italie, la Norvège, le Vatican (Saint-Siège), le Honduras, le Guatemala et l'Ouganda.

78. L. CONDORELLI, préc., note 72, p. 389-390.

unitaire – puisque inspirée par des idéaux et des intérêts foncièrement communs – des Pays non-alignés, guidés par un peloton de délégations particulièrement aguerries : on remarquait notamment, pour ne citer que des exemples, parmi les Pays arabes celle de l'Égypte, parmi les Nations de l'Afrique noire celle du Nigéria, [et] chez les Asiatiques celle du Pakistan<sup>79</sup>.

Cette synergie entre États musulmans (Égypte, Pakistan, Irak, Indonésie, Algérie) et des États occidentaux, notamment la Yougoslavie, la Norvège, l'Australie<sup>80</sup> et le Canada, a été déterminante dans l'amélioration du droit international humanitaire par l'entremise des protocoles en question. Mieux encore, les efforts des juristes représentant les délégations des États musulmans, tels que le Pakistanais M. Hussain et l'Égyptien Georges Abi-Saab, ont coïncidé avec ceux qui ont été fournis par d'autres juristes occidentaux, comme le juriste d'origine allemande et de réputation internationale, Karl Joseph Partsch. Ce dernier a été l'auteur d'un premier document officieux conçu pour rapprocher les États occidentaux et les pays en voie de développement sur la question des mouvements de libération<sup>81</sup>. Selon le professeur Michael Bothe, « cette initiative était caractéristique de son esprit novateur et indépendant; ses idées ne plaisaient pas forcément à tout le monde, mais elles apportaient une vision nouvelle, tout en restant raisonnables<sup>82</sup> ». Les propos de Michael Bothe ne manquent pas de justesse, puisque Partsch lui-même, par son action et ses écrits, confirme la réalité universelle du droit international humanitaire. D'ailleurs, parlant de la réception du droit international humanitaire par les nouveaux États, y compris les États musulmans, il dit ceci :

---

79. *Id.*, p. 386.

80. Ces derniers pays se sont joints aux pays du tiers-monde, dont l'Égypte, pour introduire les guerres de libération dans le contexte des conflits armés internationaux. Voir A. LOUCA, préc., note 12, à la page 136.

81. Michael BOTHE, « Karl Joseph Partsch (1914-1996) », (1997) 79-824 *IRRC* 259, p. 259.

82. *Id.*

L'extension du droit humanitaire à des territoires et des États situés hors d'Europe reflète l'histoire de la décolonisation. Le fait que presque tous les nouveaux États ont ratifié les Conventions peu après avoir accédé à l'indépendance montre clairement qu'ils ne considèrent pas le droit international humanitaire comme l'apanage des anciennes Puissances coloniales, mais comme un patrimoine Universel<sup>83</sup>.

## **Conclusion**

Nous avons pu nous rendre compte, à travers les différentes sections de notre article, que la tradition juridique musulmane n'était pas étrangère à l'édification du droit international humanitaire contemporain, comme en témoigne le rôle joué par les juristes musulmans pour réaliser les travaux des différentes conférences diplomatiques consacrées à la révision et à l'amélioration des conventions de Genève, ainsi que dans la rédaction des protocoles additionnels de 1977. Or, ce rôle aurait pu rester sans fruit, s'il n'avait coïncidé avec les visions humanitaires et universalistes des juristes occidentaux. Ces derniers ont vu dans le droit international humanitaire un domaine de rencontre de toutes les civilisations et de toutes les cultures. La mise en œuvre et l'application de ces règles ne sont pas tributaires de considérations religieuses, raciales, ethniques ou économiques. C'est un droit qui s'applique dès qu'un conflit armé, international ou interne, surgit et dès que les faits prouvent l'existence d'un tel conflit. La rencontre entre les juristes musulmans et les juristes occidentaux, précurseurs du droit international humanitaire, a donc permis à la communauté internationale de disposer d'un arsenal de règles destinées à protéger les civils en cas de conflits armés, règles dont le système de droit musulman et le droit international humanitaire peuvent se disputer, amicalement, la parenté.

---

83. Karl Joseph PARTSCH, « La conception occidentale », dans Georges ABI-SAAB (dir.), *Les dimensions internationales du droit humanitaire*, Paris, Pedone, 1986, p. 86, à la page 86.

Aujourd'hui, les juristes qui travaillent tous sous la bannière du droit international humanitaire sont appelés à être plus ingénieux pour créer d'autres mécanismes capables de faire face aux idéologies anticiviles et ils doivent s'appliquer à donner plus d'efficacité au droit de Genève. Ces idéologies qui se manifestent à travers les exactions barbares du groupe terroriste Daech et semblables en Irak, en Syrie, en Libye et ailleurs et dans le non-respect des règles du droit international humanitaire par certaines armées étatiques ne doivent pas engendrer de cynisme quant à l'avenir de l'humanité. C'est parce qu'il n'est pas tombé dans ce cynisme inquiet que Dunant, mais aussi les autres humanitaristes musulmans et non musulmans, a pu donner à l'humanité ce monument de droit international humanitaire. Ces juristes étaient animés d'une volonté humanitaire qui dépassait les frontières religieuses, idéologiques, raciales, linguistiques ou territoriales. Une volonté qui touchait les personnes dans leur humanité, puisqu'elles « n'appartiennent plus à un camp, mais peuplent un espace à la fois douloureux et bienheureux : l'espace neutre de la victime<sup>84</sup> ».

---

84. Jean-Christophe RUFIN, *L'aventure humanitaire*, Paris, Gallimard, 1994, p. 50.

## **ANNEXE**

### **Liste des délégués, experts et observateurs des pays musulmans aux Conférences diplomatiques de 1949**

#### **AFGHANISTAN**

*Chefs de la délégation:*

S.A.R le Général Mohammed Daoud Khan, Envoyé extraordinaire et Ministre plénipotentiaire d'Afghanistan en Suisse puis

S. Exc. Mohammed Osman Amiri Khan, Envoyé extraordinaire et Ministre plénipotentiaire d'Afghanistan en Italie.

*Délégués :*

M. Abdul Ghafour Charar, Premier Secrétaire de Légation.

M. Najmouddine Bek Bammate, D<sup>r</sup> en droit.

*Secrétaire :*

M. Mohammed Ali Cherzaad.

#### **RÉPUBLIQUE POPULAIRE D'ALBANIE**

*Chef de la délégation :*

M. Halim Budo, Directeur politique au Ministère des Affaires étrangères.

*Délégué :*

M. Nase Nesti, Chef du Département des Organisations internationales du Ministère des Affaires étrangères.

#### **ÉGYPTE**

*Chef de la délégation :*

S. Exc. Abdel Karim Safwat Bey, Envoyé extraordinaire et Envoyé extraordinaire et Ministre plénipotentiaire d'Égypte en Suisse.



*Délégués :*

Mahmoud Sami Guenena Bey, Vice-Recteur de l'Université Farouk I<sup>er</sup>, Alexandrie.  
M. le major Ibrahim Sami Gad El-Hak.

**ÉTHIOPIE**

M.Gachaou Zelleke, Conseiller de Légation, Chargé d'Affaires *ad interim* d'Éthiopie en Suède.

**IRAN**

*Chef de la délégation :*

M.Abdol Hossein Meykader, Conseiller de Légation, de la légation d'Iran à Berne.

*Délégué :*

M. Gholam-Hosseini Mossadageh, Professeur à la Faculté de Médecine de l'Université de Téhéran, Délégué de la Société du Lion et Soleil Rouges de l'Iran.

**LIBAN**

*Chef de la délégation*

S. Exc. M. Jamil Mikaoui, Envoyé extraordinaire et Ministre plénipotentiaire du Liban en Suisse.

*Délégué :*

M. Albert Nassif, Premier Secrétaire de la Légation du Liban près le Saint-Siège.  
M. l'Emir Négib-Fateck Chéhab, Deuxième Secrétaire de la Légation du Liban à Berne.

## **SYRIE**

### *Chef de la délégation :*

M. Omar Bey ET. Djabri, Dr en droit, Chargé d'Affaires *ad interim* de Syrie en Suisse.

M. Antoine Gennaoui, Professeur à la Faculté des Sciences de l'Université de Damas.

M. Omar Chakachiro, Professeur de lettres.

## **TURQUIE**

### *Chef de la délégation :*

M. Ali Rana Tarhan, ancien Député et ancien Ministre, Président du Croissant-Rouge turc.

### *Délégués :*

M. le Général Médecin Zeki Fail Ural, Professeur à la Faculté de Médecine de l'Université d'Ankara et à l'Académie militaire de Médecine d'Ankara.

M. Nédim Abut, Directeur du Croissant-Rouge turc.

### *Secrétaire :*

M. Hüveyda Mayatepek, Vice-Consul près le Consulat général de Turquie à Genève.

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** Lorsque le temps est l'ennemi de la justice : les fondements et les origines de la prescription extinctive des droits personnels

**Auteur(s) :** Frédéric Levesque, François Tremblay et Caroline Lepage

**Revue :** *RDUS*, 2016, volume 46, numéro 3

**Pages :** **575-608**

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/13624>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/13624>

*Page vide laissée intentionnellement.*

**LORSQUE LE TEMPS  
EST L'ENNEMI DE LA JUSTICE :  
LES FONDEMENTS ET LES ORIGINES  
DE LA PRESCRIPTION EXTINCTIVE  
DES DROITS PERSONNELS\***

par Frédéric LEVESQUE\*\*

François TREMBLAY\*\*\*

Caroline LEPAGE\*\*\*\*

*Lorsqu'une personne doit recourir au système judiciaire pour obtenir justice, il lui faut se montrer diligente, car le temps est son ennemi. La législation de la plupart des États fixe des délais, ceux-ci variant selon la nature de l'injustice subie et le remède demandé. Leur non-respect par le justiciable éteint son droit de recourir aux tribunaux : dans les pays de tradition de droit civil, il s'agit de la prescription extinctive. En apparence injuste, celle-ci est pourtant jugée fondamentale dans tout système de droit. Conséquemment, la présente étude a un triple objet : mettre en évidence les causes véritables et les circonstances réelles de la naissance de la prescription extinctive des droits personnels, préciser ses fondements et suivre l'évolution de cette notion, de sa conception jusqu'à aujourd'hui.*

---

*When one resorts to the legal system in order to seek justice, one must act diligently because of time constraints. The law in almost all jurisdictions establishes time limits within which one must act and which may vary according to the nature of the injustice suffered and the remedy sought. The failure to respect these time limits extinguishes the right to have recourse to the courts. In civilian jurisdictions, these time limits are called extinctive prescription. Despite an appearance of injustice, extinctive prescription is considered fundamental necessity in all systems of law. This article aims at identifying the sources and circumstances which have led to the inception of extinctive prescription in relation to personal rights, describing its foundations and retracing the evolution of prescription from its origin to the present.*

---

\*. La présente étude a été rendue possible grâce au soutien financier du Fonds de recherche du Québec – Société et culture (FRQSC) et de son programme Établissement de nouveaux professeurs-chercheurs.

\*\* . Avocat; professeur agrégé, Faculté de droit, Université Laval.

\*\*\*. Avocat, Bretton Woods Law Canada; B.A. (Études internationales et langues modernes).

\*\*\*\*. Étudiante à la maîtrise en droit notarial.

## SOMMAIRE

<b>1.</b>	<b>Les fondements de la prescription.....</b>	<b>579</b>
1.1	Généralités .....	580
1.2	Ordre public et stabilité du droit .....	583
1.3	Présomptions et préservation de la preuve.....	584
1.4	Sanction contre le créancier négligent et protection du débiteur.....	586
1.5	Mécanisme d'adéquation du droit aux faits.....	587
1.6	Fondements révélés par les systèmes de common law .....	587
<b>2.</b>	<b>Les origines et l'évolution de la prescription .....</b>	<b>590</b>
2.1	Les véritables origines en droit grec antique .....	590
2.2	Le droit romain .....	592
2.3	L'ancien droit français.....	594
2.4	L'œuvre du Code Napoléon et du <i>Code civil</i> <i>du Bas Canada</i> .....	596
2.5	Le <i>Code civil du Québec</i> (1994) et la réforme française de 2008.....	597
2.6	Les solutions appliquées dans le droit de tradition anglaise (common law) .....	603
	<b>Conclusion .....</b>	<b>607</b>

Lorsqu'une personne doit recourir au système judiciaire pour obtenir justice, il lui faut se montrer diligente, car le temps est son ennemi. La législation de la plupart des États fixe des délais, ceux-ci variant selon la nature de l'injustice subie et le remède demandé. Leur non-respect par le justiciable éteint son droit de recourir aux tribunaux : dans les pays de tradition de droit civil, il s'agit de la prescription extinctive. Les critiques de la prescription soutiennent (avec raison) qu'il est profondément injuste de priver une personne agressée sexuellement durant son enfance d'obtenir réparation une fois qu'elle est devenue adulte et alors pleinement consciente des torts qui lui ont été causés. C'est d'ailleurs une situation particulière en matière de prescription. Les défenseurs de l'institution répliquent en donnant l'exemple de l'agence de recouvrement qui tarde à demander son dû à un entrepreneur en construction ou à un consommateur. Or, un justiciable pourrait aussi attendre, sans sa faute, trop longtemps pour demander une réparation contre un entrepreneur en construction qui l'a floué. Pourquoi avoir prévu ainsi que le simple écoulement du temps fait perdre le droit de demander justice? Pourquoi existe-t-il actuellement une tendance à la réduction des délais de la prescription extinctive pour les droits personnels dans les systèmes juridiques de droit civil? Au Québec par exemple, le délai de droit commun en matière de droits personnels, applicable en l'absence d'une disposition législative particulière, a été réduit en 1994 de 30 à 3 ans. La France a également raccourci ses délais en 2008<sup>1</sup>.

Malgré son importance capitale, le sujet demeure un parent pauvre dans la littérature juridique civiliste contemporaine. Les auteurs du XXI<sup>e</sup> siècle n'insistent pas sur la naissance et les fondements de la prescription extinctive. Ils se concentrent plutôt sur l'exposé des règles techniques du droit positif, comme le point de départ des délais, leur durée, leur suspension, leur interruption et la renonciation possible. Les fondements des règles de la prescription sont systématiquement repris sans véritable discussion; ils semblent même tenus pour acquis. De plus, dans les quelques paragraphes consacrés à ce thème dans leurs ouvrages

---

1. Voir *infra*, section 2.5.

respectifs, les auteurs ne s'entendent pas sur les causes et les circonstances de la naissance de l'institution : ancien droit romain, fin de l'Empire, apport de l'empire d'Orient, ancien droit français, institution autonome ou simple excroissance de la prescription acquisitive qui a fini par s'émanciper? Par contre, ils s'accordent pour dire que la prescription extinctive est une institution fondamentale<sup>2</sup>.

Conséquemment, nous voulons, dans la présente étude, mettre en évidence les causes véritables et les circonstances réelles de la naissance de la prescription extinctive des droits personnels, préciser ses fondements et suivre l'évolution de cette notion, de sa conception jusqu'à aujourd'hui. Sur le plan méthodologique, notre étude consiste essentiellement en un compte rendu doctrinal et historique qui n'a pas pour prétention de révolutionner l'état des connaissances. Nous souhaitons principalement remettre au goût du jour et rapporter des informations qui ont été traitées en

- 
2. Voir en droit québécois : Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd. par P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, par. 1112-1115, p. 1343-1344; Jean-Louis BAUDOUIN, Patrice DESLAURIERS et Benoît MOORE, *La responsabilité civile*, vol. I, « Principes généraux », 8<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, par. 1293-1296, p. 1137-1139; Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, par. 1437-1442, p. 968-970; Frédéric LEVESQUE, *Précis de droit québécois des obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, par. 1137, p. 592. En droit français : Rémy CABRILLAC, *Droit des obligations*, 12<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2016, par. 522, p. 425; Jacques GHESTIN, Marc BILLIAU et Grégoire LOISEAU, *Traité de droit civil : le régime des créances et des dettes*, coll. « Traité de droit civil », Paris, LGDJ, 2005, par. 1114, p. 1130-1133; Henri, Léon, Jean MAZEAUD et François CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1 « Obligations : théorie générale », 9<sup>e</sup> éd. par Fr. CHABAS, Paris, Montchrestien, 1998, par. 1166-1167, p. 1201-1202. Voir dans les ouvrages spécialisés sur le sujet : Céline GERVAIS, *La prescription*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 1-5; Odette JOBIN-LABERGE et Maude LAFORTUNE-BÉLAIR, « Prescription extinctive », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit civil », *Preuve et prescription*, fasc. 22, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, par. 2; Pierre MARTINEAU, *La prescription*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1977, par. 232-235, p. 241-242; Julie MCCANN, *Prescriptions extinctives et fin de non-recevoir*, coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2011, p. 74-83.



profondeur par les auteurs classiques du XVIII<sup>e</sup>, du XIX<sup>e</sup> et du début du XX<sup>e</sup> siècle, et qui semblent maintenant tomber dans l'oubli, autant pour les auteurs que pour les informations. Ces derniers révèlent pourtant une foule d'éléments pertinents et intéressants pour mieux comprendre le droit positif actuel. Comme les périodes historiques visées sont parfois très longues et en raison de la barrière de la langue (latin, grec ancien), nous avons décidé, en toute connaissance de cause, de nous restreindre à l'étude de ces sources dites « secondaires ». À plus long terme, ces résultats nous serviront pour confronter le droit positif en vigueur et déterminer si ce droit est compatible avec la réalité sociale moderne, mais surtout avec ses exigences d'accès à la justice et de respect des droits fondamentaux de la personne, des victimes et des consommateurs. Notre étude est essentiellement consacrée au droit civil québécois et français, à l'ancien droit et au droit romain. Nous ferons également quelques incursions en common law canadienne et anglaise, de même que dans les lois adoptées dans ces États. Cela nous permettra de consolider certains acquis et même de découvrir de nouveaux fondements. Enfin, malgré quelques commentaires sur la prescription acquisitive et la prescription extinctive de droits réels, qui se rapportent toutes deux essentiellement au droit des biens, nous nous concentrerons sur la prescription extinctive des droits personnels, sur le droit des obligations, les droits de créance et le droit d'une personne d'exiger une prestation d'une autre personne<sup>3</sup>. La prescription des droits réels, tant acquisitive qu'extinctive, fera l'objet d'une étude ultérieure.

## **1. Les fondements de la prescription**

Comme plusieurs institutions du droit, la prescription est apparue à la suite du constat de sa nécessité. Afin de mieux faire saisir le concept, nous estimons nécessaire de nous référer aux impératifs ayant motivé son adoption. Après avoir traité des fondements les plus fréquemment mentionnés par la doctrine civiliste ainsi que de certains plus méconnus, nous étudierons plus en détail chacune des grandes lignes parmi lesquelles ils peuvent

---

3. Voir, sur la distinction entre droits personnels et réels, l'affaire *Anglo Pacific Group c. Ernst & Young*, 2013 QCCA 1323, par. 39-41.

être divisés. Aux fins de complément et de comparaison, nous présenterons les justifications apportées par la common law à l'existence de la prescription.

## 1.1 Généralités

La prescription est expliquée et justifiée par les mêmes éléments chez les auteurs modernes. Ces fondements peuvent se regrouper autour des axes principaux suivants, qui se trouvent dans une forme ou une autre dans la plupart des ouvrages de droit civil généraux et de droit des obligations qui abordent la question, de même que dans les ouvrages plus spécialisés<sup>4</sup> :

- **Ordre public :**
  - Stabilité des rapports de droit;
  - Stabilité des patrimoines;
  - Ordre social général;
  - Assure le repos et la tranquillité;
- **Présomptions et preuve :**
  - Présomption de paiement;
  - Présomption de renonciation;
  - Préservation de la preuve contre les effets du temps;
  - Diminuer l'obligation de conservation de la preuve;
  - Élimine les risques liés aux pertes de titres ou aux vices de forme;
- **Sanction du créancier et protection du débiteur :**
  - Sanction envers le créancier négligent;
  - Protection du débiteur par rapport à son créancier négligent.

Cette conception générale des fondements de la prescription semble directement héritée des auteurs classiques<sup>5</sup>, à qui, comme

---

4. Préc., note 2.

5. Robert Joseph POTHIER, *Traité sur différentes matières de droit civil, appliquées à l'usage du Barreau et de jurisprudence française*, t. 1, « Traité

nous l'avons mentionné en introduction, plusieurs auteurs modernes font simplement référence sans développements plus poussés.

Outre les grands axes mentionnés plus haut, des fondements plus précis ou uniques sont également indiqués, notamment :

- un droit « fondamental » de connaître son sort à la suite d'un incident générateur de droit<sup>6</sup>;
- un consentement tacite de celui qui laisse son droit prescrire<sup>7</sup>;
- une protection du débiteur vulnérable contre l'accumulation des dettes<sup>8</sup>;
- un mécanisme d'adéquation du droit aux faits<sup>9</sup>;
- un désengorgement des tribunaux, en réduisant le nombre de poursuites et en évitant des procès

---

des obligations », Paris, Jean Debure, Orléans, Ronzeau-Montaut, 1773, par. 678, p. 346; Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE et Albert TISSIER, *Traité théorique et pratique de droit civil – De la prescription*, Paris, L. Larose, 1895, par. 27-29, p. 18-22; François Ignace DUNOD DE CHARNAGE, *Traité des prescriptions de l'aliénation des biens d'Église, et des dixmes : suivant les droits civils et canons*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Briasson, 1774, p. 1-2; Louis Vincent GUILLOUARD, *Traité de la prescription*, 2 vol., Paris, A. Pedone, 1900-1901, par. 1-3, p. 1-4; Victor-Napoléon MARCADÉ et Paul PONT, *Explication théorique et pratique du Code civil*, 6<sup>e</sup> éd., t. 12, « De la prescription », Paris, Delamotte et fils, 1867, par. 2-14, p. 3-21; Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 7, « Obligations – 2<sup>e</sup> partie », Paris, L.G.D.J., 1931, par. 1325, p. 654-655; P. Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 15, Osnabrück, Otto Zeller Verlag, 1827 (réédition : 1968), p. 590.

6. Voir les propos du juge François Chevalier dans l'affaire *Girard c. Danis*, [1975] C.S. 813, p. 815-816, cité dans Édith LAMBERT, *La prescription (art. 2875 à 2933 C.c.Q.)*, coll. « Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ) », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, par. 2921-555, p. 955.
7. Fr.I. DUNOD DE CHARNAGE, préc., note 5, p. 213.
8. *Infra*, section 1.4.
9. Émile VIDRASCU, « La nature juridique de la prescription extinctive : droit comparé et québécois », (1995-1996) 98 *R. du N.* 3, p. 47-48; Monique BANDRAC, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, Paris, Economica, 1986, par. 183, p. 180.

souvent longs, à l'issue trop aléatoire et incertaine<sup>10</sup>.

Enfin, bien que ce fondement soit mentionné en matière de prescription extinctive en droit criminel, ajoutons, *mutatis mutandis*, un *droit à l'oubli* pour le responsable du préjudice causé :

Le droit à l'oubli doit se comprendre comme un droit de l'auteur de l'infraction à être oublié. Deux justifications peuvent être invoquées. La première, essentielle, est que, au-delà d'un certain temps, il est préférable de fermer les plaies du passé plutôt que les rouvrir. La seconde tient dans la forme de sanction que subit le délinquant d'avoir vécu longtemps dans l'angoisse d'être pris<sup>11</sup>.

Ces fondements permettent de distinguer la prescription des autres limites de temps imposées par la loi qui lui ressemblent parfois, comme les délais de déchéance ou les délais préfix, qui sont motivés par une volonté d'encourager, voire de forcer le justiciable à agir rapidement dans certains cas pour des motifs d'intérêts publics supérieurs<sup>12</sup>.

- 
10. Voir en droit québécois : Witold RODYS, *Traité de droit civil du Québec*, t. 15, art. 2183-2270 C.c.B.C., Montréal, Wilson & Lafleur, 1958, p. 23. En droit français : Alain BÉNABENT, *Droit des obligations*, 13<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien Lextenso, 2012, par. 890, p. 642-644. Chez les auteurs classiques : Fr.I. DUNOD DE CHARNAGE, préc., note 5, p. 2; François-Antoine VAZEILLE, *Traité des prescriptions, suivant les nouveaux codes français*, t. I, Paris, Bavoux, 1832, par. 312, p. 358. En droit comparé : Jean-Luc NIKLAUS, *La prescription extinctive, modifications conventionnelles et renonciation*, coll. « Neuchâtelloise », Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2008, p. 14-17.
  11. Evan RASCHEL, « Amnésie d'un viol : refus du recul du point de départ de la prescription », *Gaz. Pal.* 2014.032.
  12. H., L., J. MAZEAUD et Fr. CHABAS, préc., note 2, par. 1170, p. 1202-1204; François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2013, par. 1473, p. 1509-1511; Charles AUBRY et Charles RAU, *Cours de droit civil français*, t. 8, Paris, J. Dumaine, 1878, p. 426; L.V. GUILLIQUARD, préc., note 5, par. 43-44, p. 37-39; M. PLANIOL et G. RIPERT, préc., note 5, par. 1403, p. 736-738. Sur la notion de délais préfix, voir Fr. LEVESQUE, préc., note 2, par. 1151-1154, p. 597-600.

## 1.2 Ordre public et stabilité du droit

Le premier des fondements de la prescription, et le plus évident, est sa nécessité dans l'intérêt général de la société. Sur cet aspect, la prescription a été décrite comme « une de ces institutions bienfaites et salutaires sur lesquelles repose la tranquillité de tout un chacun<sup>13</sup> ». L'ordre social a intérêt à ce que les rapports de droit soient clairs et stables, et que le droit corresponde aux situations de fait<sup>14</sup>. La stabilité des patrimoines s'avère un objectif important à cet égard<sup>15</sup>. L'absence de prescription créerait en effet une incertitude constante des personnes par rapport à leurs droits : la prescription vient donc apporter une certitude, une tranquillité d'esprit salubre et nécessaire. Cette stabilité est d'autant plus essentielle si l'on considère que, sans la prescription, les dettes pourraient se transmettre aux héritiers et ayants droit lointains, ce qui créerait ainsi davantage de situations problématiques<sup>16</sup>.

La prescription implique une certaine part d'injustice et d'immoralité. Elle est même, en quelque sorte, opposée à l'équité naturelle<sup>17</sup>. Un créancier sera, au bout du compte, privé de son droit, ce qui constitue une certaine injustice et protège parfois des débiteurs malhonnêtes. Cette injustice est toutefois justifiée compte tenu de toute la nécessité générale de la prescription dans le maintien de l'ordre public<sup>18</sup>. C'est pourquoi la bonne foi n'est habituellement pas une condition *sine qua non* en matière de

---

13. P.A. FENET, préc., note 5, p. 604.

14. É. VIDRASCU, préc., note 9, p. 51.

15. Ch. AUBRY et Ch. RAU, préc., note 12, p. 423.

16. Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, v. 9, Montréal, Wilson & Lafleur, 1916, p. 336-337.

17. Voir par exemple : Fr.-A. VAZEILLE, préc., note 10, par. 15, p. 15; P. MARTINEAU, préc., note 2, par. 233, p. 241.

18. Voir, notamment, chez les auteurs modernes : Mario NACCARATO, « Dispositions générales », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Preuve et prescription*, fasc. 19, Montréal, LexisNexis Canada, par. 15, feuilles mobiles. Chez les auteurs classiques : François LANGELIER, *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. 6, Montréal, Wilson & Lafleur, 1911, p. 435; P.-B. MIGNAULT, préc., note 16, p. 336-337; G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. TISSIER, préc., note 5, par. 27-29, 33, p. 18-22, 25; Fr.I. DUNOD DE CHARNAGE, préc., note 5, p. 3.

prescription extinctive<sup>19</sup>. C'est également pour cette raison que le droit se montre généralement réticent à reconnaître toute cause de suspension ou d'interruption, même dans des situations exceptionnelles<sup>20</sup> : toute mesure qui restreint le cours de la prescription est une mesure d'exception qui doit être traitée comme telle<sup>21</sup>.

Ce fondement de la prescription ne fait toutefois pas l'unanimité. Son caractère même d'ordre public est mis en doute, étant donné que l'on peut, en règle générale, y renoncer<sup>22</sup>. Cependant, ce paradoxe sera réconcilié en distinguant l'institution de la prescription, qui est d'ordre public, et son application dans les cas spécifiques, qui est d'intérêt privé et à laquelle un débiteur pourra être amené à vouloir renoncer, notamment en raison de sa conscience<sup>23</sup>.

### 1.3 Présomptions et préservation de la preuve

La finalité probatoire de la prescription s'envisage comme une dispense de preuve prévue par la loi pour le justiciable qui est dans une situation légitime, mais autrement incapable de le prouver<sup>24</sup>. Ce sont surtout les courtes prescriptions qui ont été considérées par les auteurs français comme fondées sur des présomptions (irréfragables) de paiement. Précisons que les courtes prescriptions existaient généralement en matière commerciale. La rapidité et la fréquence des transactions dans ce domaine faisaient

19. G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. TISSIER, préc., note 5, par. 41-42, p. 34-35; L.V. GUILLOUARD, préc., note 5, par. 300, p. 273-274; Fr.-A. VAZEILLE, préc., note 10, par. 330-333, p. 383-386.

20. Fr.-A. VAZEILLE, préc., note 10, par. 315, p. 361-367.

21. H., L., J. MAZEAUD et Fr. CHABAS, préc., note 2, par. 1181-1183, p. 1213-1216.

22. M. PLANIOL et G. RIPERT, préc., note 5, par. 1325, p. 654-655; É. VIDRASCU, préc., note 9, p. 47-48.

23. G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. TISSIER, préc., note 5, par. 41-42, p. 34-35; L.V. GUILLOUARD, *Traité de la prescription*, préc., note 5, par. 300, p. 273-274; Fr.-A. VAZEILLE, préc., note 10, par. 330-333, p. 383-386.

24. Fr. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, préc., note 12, par. 1472, p. 1508; Julie KLEIN, *Le point de départ de la prescription*, coll. « Recherches juridiques », Paris, Economica, 2013, par. 531-532, p. 393-395.

en sorte qu'il était présumé que les créances étaient habituellement réclamées et payées rapidement, sans quittance formelle<sup>25</sup>.

La présomption de paiement peut être perçue de façon plus large, comme une présomption générale que celui qui jouit d'un droit le fait à juste titre, et qu'à l'inverse celui qui se tait à propos d'un droit n'en jouit plus<sup>26</sup>. L'objectif de la prescription à cet égard est double. Il consiste, dans un premier temps, à éviter que les tribunaux aient à trancher des litiges dont les faits générateurs seraient si anciens qu'il deviendrait impossible aux parties de présenter des éléments de preuve, les pièces ou les quittances ayant été perdues ou détruites à la suite du passage du temps et les témoins pouvant être morts<sup>27</sup>. Le second volet de cette fin probatoire de la prescription est de libérer les créanciers de l'obligation d'avoir à conserver éternellement des archives de toutes leurs transactions, afin de se prémunir contre un éventuel litige fondé sur une créance ancienne, que l'on croyait oubliée<sup>28</sup>. Cet aspect probatoire de la prescription amène un autre effet pratique bénéfique, soit de désengorger les tribunaux de litiges anciens qui pourraient se révéler fastidieux et interminables<sup>29</sup>.

La présomption de paiement est un élément important à l'origine de la notion moderne de la prescription. Néanmoins, même chez les auteurs classiques, cette présomption ne faisait pas l'unanimité. En principe, une présomption doit reposer sur des faits démontrés, ce qui, en raison du passage du temps, devient pratiquement impossible en matière de prescription<sup>30</sup>. Il est cependant difficile, en droit positif, de soutenir cette qualification. La distinction a longtemps été importante en droit français, puisque certains effets de la prescription pouvaient être repoussés selon

- 
25. G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. TISSIER, préc., note 5, par. 723-725, p. 439-441.  
26. W. RODYS, préc., note 10, p. 31-32; L.V. GUILLOUARD, préc., note 5, par. 2, p. 2-3.  
27. J. MCCANN, préc., note 2, p. 80-82; Fr. LANGELIER, préc., note 18, p. 435.  
28. J. MCCANN, préc., note 2, p. 80-82.  
29. P.-B. MIGNAULT, préc., note 16, p. 339.  
30. Fr.-A. VAZEILLE, préc., note 10, par. 1-3, p. 2-4.

qu'il s'agissait ou non d'une présomption de paiement<sup>31</sup>. Une réforme du droit français de la prescription en 2008 a toutefois éliminé cette distinction<sup>32</sup>.

#### **1.4 Sanction contre le créancier négligent et protection du débiteur**

Les justifications de cet aspect de la prescription sont multiples, mais elles peuvent s'expliquer principalement sous deux angles, à savoir celui de la punition du créancier et celui de la protection du débiteur. Premier angle, l'aspect de la punition du créancier est couramment repris et se comprend par le fait que celui qui ne fait pas preuve de diligence dans la poursuite de ses droits et qui se désintéresse de ses créances ne mérite pas la protection de la loi<sup>33</sup>. C'est ce que dit une formule connue : « Celui qui néglige ainsi ses droits est au-dessus du besoin<sup>34</sup>. » Cette préoccupation existait dès le droit romain<sup>35</sup>. Second angle, l'aspect de la protection du débiteur se justifie par le fait que la négligence du créancier n'a pas uniquement des conséquences à son égard, mais est également susceptible de porter préjudice à son débiteur. Le cas le plus souvent avancé est celui de la prescription des arrérages et des dettes périodiques<sup>36</sup>. Le créancier qui, longtemps inactif, déciderait subitement de poursuivre son débiteur pour la totalité de sa dette

31. R.J. POTHIER, préc., note 5, par. 718-722, p. 364-365; Ch. AUBRY et Ch. RAU, préc., note 12, p. 447; G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. TISSIER, préc., note 5, par. 741-751, p. 451-458.

32. Fr. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, préc., note 12, par. 1476, p. 1512.

33. J. MCCANN, préc., note 2, p. 77; P.-B. MIGNAULT, préc., note 16, p. 336-337, 467.

34. Fr.-A. VAZEILLE, préc., note 10, par. 4, p. 6.

35. Emmanuelle CHEVREAU, *Le temps et le droit : la réponse de Rome : l'approche du droit privé*, coll. « Romanité et modernité du droit », Paris, De Boccard, 2006, p. 113-117.

36. Voir notamment : Fr. LANGELIER, préc., note 18, p. 502; P.-B. MIGNAULT, préc., note 16, p. 485-486; W. RODYS, préc., note 10, p. 265; Ch. AUBRY et Ch. RAU, préc., note 12, p. 433; G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. TISSIER, préc., note 7, par. 767, p. 470-471; L.V. GUILLOUARD, préc., note 5, par. 654, p. 95-96; V.-N. MARCADÉ et P. PONT, préc., note 5, par. 282-290, p. 315-332; M. PLANIOL et G. RIPERT, préc., note 5, par. 1333, p. 660-661; Fr.-A. VAZEILLE, préc., note 10, par. 609, p. 207.



accumulée placerait ce dernier dans une situation souvent insoutenable, le menant potentiellement à la ruine, et pour cela il doit être empêché de le faire. La prescription vient également protéger le débiteur d'avoir à payer plus d'une fois à un créancier qui, par malhonnêteté ou par oubli, lui réclamerait une seconde fois une dette déjà payée<sup>37</sup>.

### **1.5 Mécanisme d'adéquation du droit aux faits**

Bien que cette raison d'être soit secondaire par rapport aux autres, la prescription fait en sorte que la réalité juridique corresponde à la réalité factuelle. Nous pouvons y voir une condition nécessaire au maintien de la suprématie du droit, celui-ci devant s'adapter, se plier à certaines situations factuelles immuables, afin de demeurer conforme à la réalité<sup>38</sup>. C'est pour le droit une façon d'admettre qu'il ne peut se soustraire à la réalité du temps<sup>39</sup>. Vue sous cet angle, la prescription extinctive ne cherche pas à éteindre des droits, mais bien à consolider des situations de fait<sup>40</sup>.

### **1.6 Fondements révélés par les systèmes de common law**

Les systèmes de common law peuvent-ils éclairer notre étude, en consolidant les fondements déjà trouvés ou encore en nous révélant des assises différentes? Les fondements et les principes que nous présentons ici correspondent aux justifications avancées par les auteurs à propos des *statutes of limitation*, l'équivalent fonctionnel dans les systèmes juridiques de common law des règles de la prescription extinctive en droit civil<sup>41</sup>. Certaines

---

37. A. BÉNABENT, préc., note 10, par. 891, p. 643.

38. M. BANDRAC, préc., note 9, par. 239, p. 221-223.

39. E. CHEVREAU, préc., note 35, p. 141-147.

40. Ch. AUBRY et Ch. RAU, préc., note 12, p. 323.

41. Patrick Mac Chombaich DE COLQUHOUN, *A Summary of the Roman Civil Law*, t. 2, Londres, V. and R. Stevens, 1849-1860 (ré-éd. : Littleton, F.B. Rothman, 1988), par. 1131, p. 153-154; Patrick Mac Chombaich DE COLQUHOUN, *A Summary of the Roman Civil Law*, t. 3, Londres, V. and R. Stevens, 1849-1860 (ré-éd. : Littleton, F.B. Rothman, 1988), par. 2216 et 2373-2374, p. 513-515 et p. 618-620; Reinhard ZIMMERMANN, *Comparative*

de ces justifications s'avèrent pratiquement identiques à celles qui sont avancées en droit civil. Par exemple, il existe en droit de tradition anglaise la notion de *peace and repose* selon laquelle le débiteur, après un certain temps, a droit à une certaine tranquillité d'esprit<sup>42</sup>. L'impact du passage du temps sur la qualité de la preuve fait également partie des justifications traditionnelles<sup>43</sup>.

Le droit de tradition anglaise révèle toutefois des fondements inédits, mais parfaitement compatibles avec ceux qui sont mentionnés en droit civil, qui permettent de consolider la pertinence de la prescription. Rejoignant le motif plus rarement mentionné en droit civil de l'adéquation du droit aux faits, nous trouvons dans la littérature l'impact de l'évolution de la société sur le regard posé par le juge sur les mêmes événements mais à des époques différentes<sup>44</sup>. Selon ce fondement, la prescription favorise l'équité des jugements rendus en contribuant à ce que ceux-ci reflètent réellement l'état du droit et les valeurs de la société au moment où les faits sont survenus.

La présomption de renonciation à poursuivre constitue un fondement en soi à la prescription en droit civil. En common law, elle est à l'origine de la *doctrine of acquiescence*, qui permet au juge de déclarer un recours prescrit à deux conditions : un créancier ne poursuit pas son débiteur et son inaction ou l'acte duquel on induit la renonciation à poursuivre survient en toute connaissance de cause<sup>45</sup>. Également, la *doctrine of laches*<sup>46</sup>, basée sur la punition du

---

*Foundations of a European Law of Set-Off and Compensation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 62-63.

42. J. McCANN, préc., note 2, p. 80-82; É. VIDRASCU, préc., note 9, p. 28; Graeme MEW, *The Law of Limitations*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto, LexisNexis Quicklaw, 2015, [En ligne] par. 1.52; James C. MORTON, *Limitation of Civil Actions*, Toronto, Carswell, 1988, p. 7.

43. G. MEW, préc., note 42, par. 1.53. Voir également, Jeremy S. WILLIAMS, *Limitation of Actions in Canada*, Toronto, Butterworths, 1972, p. 6.

44. J.C. MORTON, préc., note 42, p. 7. Voir également G. MEW, préc., note 40, par. 1.56.

45. G. MEW, préc., note 42, par. 2.84-2.91; J.C. MORTON, préc., note 42, p. 45; J.S. WILLIAMS, préc., note 43, p. 33.

46. G. MEW, préc., note 42, par. 2.75-2.83; J.C. MORTON, préc., note 42, p. 41; J.S. WILLIAMS, préc., note 43, p. 31.

créancier négligent, entraîne le rejet d'une demande fondée sur un recours en *equity* si le créancier a laissé s'écouler une période de temps suffisamment longue après laquelle le débiteur pouvait croire qu'il n'était plus sujet à poursuite et qu'il a modifié sa situation juridique et patrimoniale en conséquence.

Le droit de tradition anglaise révèle un fondement complètement inédit en droit civil. Comme elle circonscrit le risque de poursuites, la prescription contribue à rendre la responsabilité civile (particulièrement celle des commerçants) assurable à un prix raisonnable<sup>47</sup>. Ce fondement confirme que l'analyse économique du droit a souvent été considérée dans les origines et l'évolution de la responsabilité civile en common law<sup>48</sup>. Même si elle est fondée sur cette évolution particulière de la common law, cette justification s'avère pertinente dans le contexte du droit civil. La logique veut que les principes actuariels et la méthodologie dans le domaine des assurances soient plutôt uniformes, considérant le besoin grandissant d'obtenir des couvertures d'assurance semblables d'un État à l'autre dans le contexte actuel de mondialisation des marchés<sup>49</sup>.

De tous les fondements invoqués tant en droit civil qu'en droit de tradition anglaise, il se dégage un grand dénominateur commun : la stabilité et la certitude du droit<sup>50</sup>. Un système juridique moderne ne peut laisser perdurer l'incertitude qui régnerait en permanence si les situations juridiques entre débiteurs et créanciers n'étaient pas, éventuellement, cristallisées dans le

---

47. G. MEW, préc., note 42, par. 1.54-1.55; J.S. WILLIAMS, préc., note 43, p. 7.

48. Par exemple, la condition d'un devoir de diligence (*duty of care*) établi dans l'affaire *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562, p. 578-580 (Lord Atkin), a pour objet de limiter la responsabilité civile aux personnes à qui il est raisonnable d'apporter un soin particulier afin de réduire les cas où des indemnités seront accordées.

49. Sur l'opposition des assureurs à l'allongement d'un délai de prescription en droit civil québécois : Frédéric LEVESQUE et Claudie-Émilie WAGNER-LAPIERRE, « La réforme de la prescription civile en matière d'infraction criminelle: une occasion manquée pour les victimes de préjudice corporel », (2015) 49 R.J.T. 685, 711-713.

50. R. ZIMMERMANN, préc., note 41, p. 69.

temps et closes par l'effet de son passage. Il apparaît donc clair que la prescription est nécessaire dans un ordre juridique fonctionnel et équitable. Demeurent désormais entière la question de son évolution dans le temps, au gré des changements socioculturels, et celle de la durée des délais, que nous abordons ci-dessous.

## **2. Les origines et l'évolution de la prescription**

La prescription serait à l'origine de droit naturel. Le droit civil ne l'a pas créée mais bien aménagée en fonction de la réalité de la société<sup>51</sup>. Nous suivrons l'évolution de la prescription dans un ordre chronologique et logique. Avant d'étudier l'institution en question telle qu'elle a été traitée en ancien droit français, nous croyons qu'un détour par le droit grec antique et le droit romain s'impose. Par la suite, l'évolution de la prescription en France et au Québec précédera celle qu'elle a suivie en droit de tradition anglaise.

### **2.1 Les véritables origines en droit grec antique**

La prescription extinctive des actions n'a pas été pas créée par le droit romain, celle-ci allant à l'encontre du principe de base de la perpétuité des actions<sup>52</sup>. La véritable origine du concept de prescription extinctive est plutôt le droit de la Grèce antique. Bien que les sources historiques concernant le droit grec antique soient infiniment moins abondantes et détaillées que celles qui portent sur le droit romain, il semble clair que les anciens Grecs ont connu la prescription extinctive des actions personnelles. L'institution porte le nom de *prothesmia* et regroupe tous les concepts apparentés,

---

51. Fr.-A. VAZEILLE, préc., note 10, par. 4-5, p. 5-8. Pour un court mais intéressant survol de l'histoire de la prescription dans « les pays civilisés », pour reprendre l'expression de l'auteur, voir Rodolphe DARESTE, *De la prescription en droit civil*, Paris, Librairie Picard et fils, 1894, p. 1, p. 5-9.

52. Emmanuelle CHEVREAU, Yves MAUSEN et Claire BOUGLÉ, *Histoire du droit des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, LexisNexis Litec, 2011, par. 21, p. 35-36.

comme la forclusion et la déchéance<sup>53</sup>. Le délai général semble avoir été de 5 ans<sup>54</sup>.

Le droit romain a toujours été confronté aux traditions locales des nouvelles provinces de l'Empire. Il a sans cesse toujours dû faire preuve d'une certaine adaptabilité dans ces circonstances, mais l'apport des traditions locales s'est surtout fait sentir durant dans la période postérieure à l'édit de l'empereur Caracalla étendant la citoyenneté à tous les sujets libres de l'Empire. La prescription extinctive se serait graduellement répandue dans l'ensemble de l'Empire romain à travers les coutumes des citoyens romains d'origine hellénistique<sup>55</sup>. C'est là un cas où la coutume juridique locale est devenue le droit romain<sup>56</sup>.

La prescription extinctive aurait surtout été motivée par une finalité probatoire, le temps étant considéré comme la « meilleure preuve à opposer aux imposteurs ». Cette finalité s'avère d'autant plus importante considérant la place centrale de la preuve testimoniale dans les procès athéniens, et le fait que « les témoins ne peuvent pas vivre pour toujours<sup>57</sup> ». On a voulu éviter qu'une personne malhonnête n'attende la mort de témoins clés pour intenter une action mal fondée<sup>58</sup>. La prescription grecque aurait également été motivée par un désir de préserver l'harmonie entre différentes communautés après leur intégration, d'empêcher que de vieilles querelles entre communautés ne ressurgissent après

---

53. Aude CASSAYRE, *La justice dans les cités grecques : de la formation de royaumes hellénistiques au legs d'Attale*, coll. « Histoire », Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2010, p. 235-239.

54. Ludovic BEAUCHET, *Histoire du droit privé de la République athénienne*, t. 3, Paris, Chevalier-Marescq, 1897, p. 523; John Walter JONES, *The Law and Legal Theory of the Greeks : An Introduction*, Oxford, Clarendon Press, 1956, p. 233. Voir également R. DARESTE, préc., note 51, p. 2-3.

55. L.V. GUILLOUARD, préc., note 5, par. 4-5, p. 4-6; E. CHEVREAU, préc., note 35, p. 132.

56. Joseph MÈLÈZE MODRZEJEWSKI, *Le droit grec après Alexandre*, Paris, Dalloz, 2012, p. 95-96.

57. L. BEAUCHET, préc., note 54, p. 521; J.W. JONES, préc., note 54, p. 124-125.

58. J.W. JONES, préc., note 54, p. 302.

plusieurs années afin de maintenir un climat favorable à la vie civique<sup>59</sup>.

## 2.2 Le droit romain

Nous observons un consensus sur la présence de la prescription en droit romain, de même que sur les grandes lignes de son évolution historique, et cela, autant dans les ouvrages modernes<sup>60</sup> ou classiques<sup>61</sup> sur la prescription que dans les ouvrages spécialisés en histoire du droit<sup>62</sup>. Les grandes lignes peuvent se résumer ainsi :

- À l'origine, les droits et les actions civils sont pratiquement tous imprescriptibles, la perpétuité des actions étant un principe de base en droit romain;
- La perpétuité ne vaut généralement que pour les actions de droit civil strict;
- Les actions prétoriennes sont, en règle générale, prescriptibles par un an, puisqu'elles doivent être terminées à l'intérieur du mandat du préteur qui accorde l'action<sup>63</sup>. Les préteurs peuvent utiliser

59. A. CASSAYRE, préc., note 53, p. 235-239.

60. É. LAMBERT, préc., note 6, par. 2875-555, p. 11-12; J. McCANN, préc., note 2, p. 71-73; É. VIDRASCU, préc., note 9, p. 7-11.

61. G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. TISSIER, préc., note 5, par. 1-14, p. 1-8; L.V. GUILLOUARD, préc., note 5, par. 6-13, p. 7-13; W. RODYS, préc., note 10, p. 21-29; P.A. FENET, préc., note 5, p. 587-589; R. DARESTE, préc., note 51, p. 3-5.

62. Jean-François BRÉGI, *Droit romain : les obligations*, Paris, Ellipses, 2006, p. 284; E. CHEVREAU, préc., note 35, p. 98-147; P.M.C. DE COLQUHOUN, préc., note 41, t. 2, par. 1117, p. 144-145; Jean-Philippe LÉVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2010, par. 408-432 et 732-735, p. 625-670 et 1071-1077. Pour une vision théologique : Jean-Léon ALLIE, *L'argument de prescription dans le droit romain : en apologétique et en théologie dogmatique*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1940, p. 39-56.

63. Witold WOŁODKIEWICZ, « Le temps dans le Code Théodosien » dans Sylvie CROGIEZ-PÉTREQUIN et Pierre JAILLETTE, *Société, économie, administration dans le Code Théodosien*, coll. « Histoire et civilisations », Villeneuve-d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 2012, p. 188.

leur pouvoir discrétionnaire pour débouter une action vétuste;

- Le premier type de prescription à être reconnu sera la prescription acquisitive, appelée *usucapio*. Ce type de prescription est connu déjà sous l'antique Loi des Douze Tables, mais est d'application limitée aux citoyens romains;
- Apparaît ensuite, en droit prétorien, la *praescriptio longi temporis*, qui est essentiellement une défense contre une action en revendication, que l'on oppose (pré-inscrit) en tête de formule, à la manière d'un moyen préliminaire. Cette prescription est davantage un dérivé de l'*usucapio* et de la prescription acquisitive. Elle permet au possesseur de repousser l'action du véritable propriétaire et de conserver le bien. À l'origine, elle n'autorise pas toutefois l'acquisition de la propriété;
- Le droit grec ancien influence le droit romain;
- La prescription générale et inconditionnelle des actions par un délai de 30 ans sera consolidée sous l'empereur Théodose II en 424, mais il demeure quelques exceptions. Un objectif de cette loi aurait été de punir les demandeurs apathiques;
- Une prescription résiduaire de 40 ans est ensuite introduite par l'empereur Anastase (qui a régné de 491 à 518) pour combler les quelques situations qui ne sont toujours pas visées par la prescription trentenaire;
- La réforme du droit opérée par Justinien en 531 vient fusionner les deux types de prescription, acquisitive et extinctive. Néanmoins, Justinien voulait plutôt réunir et fusionner les deux types de prescription acquisitive, ce qui a été fait. Il aurait toutefois, également, dans sa compilation du droit, maladroitement amalgamé la prescription

acquisitive et la prescription extinctive, qui avaient toujours été distinctes<sup>64</sup>.

C'est donc du droit romain que vient le terme « prescription » pour désigner cette institution en général. En droit romain, les premiers moyens de défense assimilables à la prescription moderne devaient être inscrits en tête de la formule, avant l'argumentation sur le fond, donc « écrits en avant », (*praescriptio*, en latin)<sup>65</sup>. Ce terme désignait à l'origine tout moyen de droit qui devait être ainsi invoqué avant d'argumenter au fond, s'apparentant aux moyens déclinatoires du droit moderne. Ce n'était pas le seul moyen préliminaire de la sorte, mais il était d'une importance telle que, avec le temps, le terme général *praescriptio* a désigné uniquement ce que nous appelons aujourd'hui « prescription<sup>66</sup> ».

### 2.3 L'ancien droit français

Le droit romain a eu une influence importante en ancien droit français et la prescription, telle que les Romains l'ont conçue, a été graduellement adoptée par les différents peuples barbares qui ont habité la France à l'époque. Ces derniers ont reconnu son utilité sociale<sup>67</sup>. Cependant, cette réception a été inégale selon les régions. Les peuples gaulois auraient généralement reconnu la prescription des actions, ce qui a pu faciliter sa réception<sup>68</sup>. Ainsi, le délai de prescription de 30 ans, hérité du droit romain, en est venu à être

64. G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. TISSIER, préc., note 5, par. 14, p. 8.

65. Fr. LANGELIER, préc., note 18, p. 431; L.V. GUILLOUARD, préc., note 5, par. 9, p. 9; V.-N. MARCADÉ et P. PONT, préc., note 5, par. 1, p. 2; E. CHEVREAU, préc., note 35, p. 104-107; P.M.C. DE COLQUHOUN, préc., note 41, t. 3, par. 2234, p. 528-529.

66. Charles Phineas SHERMAN, *Roman Law in the Modern World*, 2<sup>e</sup> éd., t. II, New Haven, New Haven Law Book Co., 1922 (ré-éd. Holmes Beach, Wm. W. Gaunt & Sons, 1994), par. 645 et 848, p. 215 et 402.

67. Fr.I. DUNOD DE CHARNAGE, préc., note 5, p. 195; L.V. GUILLOUARD, préc., note 5, par. 14-15, p. 13-15; Pascal PICHONNAZ, *Les fondements romains du droit privé*, Zurich, Schulthess, 2008, p. 284.

68. Louis-Firmin-Julien LAFERRIÈRE, *Histoire du droit civil de Rome et du droit français*, t. 2, Paris, Joubert, 1846, p. 123-136. Voir également R. DARESTE, préc., note 51, p. 10-14.



admis assez largement pendant la période de l'ancien droit en France<sup>69</sup>.

Aux règles romaines classiques se sont graduellement ajoutées des règles spécifiques provenant d'ordonnances royales : c'est ainsi qu'ont été introduites les prescriptions plus courtes, inexistantes en droit romain classique<sup>70</sup>. Par exemple, l'ordonnance du roi Louis XII, de juin 1510, prévoit que les actions en rescision de contrats fondées sur « dol, fraude, circonvention, crainte, violence, ou déception de moitié de juste prix » se prescrivent par 10 ans (art. 46)<sup>71</sup>. Les ordonnances royales sont également venues introduire plusieurs règles spécifiques pour la prescription des dettes commerciales : c'est le cas de l'ordonnance de Louis XII de 1512, qui introduit une prescription de 6 mois pour les paiements dus à certains commerçants. Au sein de la Coutume de Paris, l'ordonnance de 1673 créera des distinctions entre différentes catégories de commerçants. D'une manière générale, ces prescriptions sont considérées comme des présomptions de paiement<sup>72</sup>.

L'influence du droit canonique s'est également fait sentir. Les canonistes étaient généralement hostiles à l'institution, l'estimant un moyen de spoliation immoral<sup>73</sup>. Dans la mesure où les canonistes acceptent la prescription, ils insistent sur l'importance de la bonne foi. Ces réticences ont retardé l'implantation générale de la prescription en droit civil moderne, malgré son utilité sociale<sup>74</sup>. L'apport des canonistes se trouve principalement dans l'élaboration

---

69. J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, préc., note 62, par. 734-735, p. 1073-1077.

70. G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. TISSIER, préc., note 5, par. 15-18, p. 8-10.

71. L.V. GUILLOUARD, préc., note 5, par. 19, p. 16-17. L'auteur donne plusieurs autres exemples.

72. Préc., note 24; P.A. FENET, préc., note 5, p. 594-598.

73. E. CHEVREAU, Y. MAUSEN et C. BOUGLÉ, préc., note 52, par. 116, p. 185; J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, préc., note 62, par. 408 et 734, p. 625 et 1073-1074.

74. G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. TISSIER, préc., note 5, par. 19, p. 10-12; Fr.I. DUNOD DE CHARNAGE, préc., note 5, p. 42-45.

de la maxime *contra non valentem agere non currit praescriptio*<sup>75</sup>, d'où découle la notion d'impossibilité en fait d'agir telle que nous la connaissons aujourd'hui.

## **2.4 L'œuvre du Code Napoléon et du Code civil du Bas Canada**

Le Code Napoléon de 1804 a été principalement inspiré par les travaux de Dunod de Charnage et de Domat, de même que par la Coutume de Paris<sup>76</sup>. Dans l'ancien droit subsistait une trop grande diversité de délais et de règles particulières, mélange hétéroclite de droit romain, canonique et coutumier. Devant ce chaos législatif, le Code Napoléon a voulu mettre de l'ordre. Il a éliminé les prescriptions plus longues que 30 ans et le délai trentenaire est devenu le délai résiduaire, général, qui remplace toutes les autres prescriptions qui ne sont pas l'objet de normes spécifiques<sup>77</sup>. Malgré cette simplification, l'application du délai général de 30 ans demeure limitée en raison de l'existence de plusieurs délais spécifiques, notamment en matière commerciale.

Dès son adoption, le Code Napoléon prévoit de très courtes prescriptions édictées aux articles 2271 à 2273, soit des délais variant de 6 mois à 5 ans pour les créances liées aux services rendus par des commerçants et professionnels : hôteliers (art. 2271 al. 2), huissiers (art. 2272 al.1), médecins (art. 2272 al. 3) et marchands (art. 2272 al. 4) faisaient tout un chacun l'objet de dispositions spécifiques. Un total de huit délais (6 mois, 1 an, 2 ans, 3 ans, 5 ans, 10 ans, 20 ans et 30 ans) peut être recensé. Jusqu'en 1985, les recours en responsabilité civile autant contractuelle qu'extracontractuelle étaient soumis à la prescription trentenaire de droit commun (art. 2262)<sup>78</sup>. De 1985 à 2008, les actions en responsabilité civile extracontractuelle étaient prescriptibles par 10

---

75. Sophie CATTELET, *Réflexions sur les sources de la prescription extinctive*, thèse de doctorat, Rouen, Faculté de droit, des sciences économiques et de gestion, Université de Rouen, 2000, par. 51-52, p. 38-39.

76. G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. TISSIER, préc., note 5, par. 22, p. 13-14.

77. Fr.-A. VAZEILLE, préc., note 10, par. 355-356, p. 425-429.

78. S. CATTELET, préc., note 75, par. 132, p. 89.

ans à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation<sup>79</sup>, alors que la responsabilité contractuelle tombait toujours sous le coup de l'article 2262.

Le *Code civil du Bas Canada* a repris pour l'essentiel les règles du Code Napoléon. Le délai de droit commun de 30 ans apparaît à l'article 2242 C.c.B.C. Par contre, en vertu de l'article 2261 (2) C.c.B.C., les actions pour les dommages causés par un délit ou un quasi-délit se prescrivent par 2 ans. Pour ce qui est de la diffamation et du préjudice corporel, bien que les termes employés à cette époque diffèrent, les actions les concernant se prescrivent par 1 an en vertu de l'article 2262 (1) et (2) C.c.B.C. L'action en nullité contractuelle, quant à elle, se prescrit par 10 ans (art. 2258 C.c.B.C.). Même si les délais prévus ne sont pas exactement les mêmes dans les hypothèses particulières, les cas spécifiques visés aux articles 2260 à 2262 C.c.B.C. et aux articles 2271 à 2273 et 2277 du Code Napoléon sont très semblables : créances périodiques, services professionnels du médecin et de l'avocat ainsi que services d'hôtellerie font l'objet de dispositions particulières. Les délais du *Code civil du Bas Canada* en ces matières sont généralement plus longs et moins nombreux. On dénombre en effet huit délais dans le Code Napoléon, tandis que le *Code civil du Bas Canada* en contient six (1 an, 2 ans, 3 ans, 5 ans, 10 ans et 30 ans).

Outre les délais, le *Code civil du Bas Canada* et le Code Napoléon définissent l'institution de la prescription en utilisant les mêmes termes et les règles techniques (renonciation, interruption et suspension) différent peu.

## **2.5 Le Code civil du Québec (1994) et la réforme française de 2008**

La première prescription extinctive générale pour les actions en justice est apparue en 424 sous l'empereur byzantin Théodose II. Elle prévoyait un délai de 30 ans. Cette prescription est demeurée

---

79. Art. 2270-1 Code Napoléon.

sans altérations majeures le délai de droit commun en droit civil, tant en France qu'au Québec, jusqu'à une période récente. Ces délais contenus dans le Code Napoléon et dans le *Code civil du Bas Canada* sont considérés comme beaucoup trop longs depuis fort longtemps. Ils étaient déjà critiqués par plusieurs auteurs classiques du XIX<sup>e</sup> et du début du XX<sup>e</sup> siècle<sup>80</sup>. Ces derniers constatent et encouragent depuis longtemps une tendance générale vers des délais de prescription plus courts mieux appropriés pour la vie moderne<sup>81</sup>. L'évolution technologique et les communications modernes font en sorte que les longs délais qui pouvaient être essentiels pour la sauvegarde des droits des justiciables par le passé ne sont plus nécessairement requis aujourd'hui. Dans ce contexte, un raccourcissement général des délais de prescription vient accentuer son rôle de « police juridique », de maintien de la stabilité des rapports de droit<sup>82</sup>.

La complexité des règles entourant les délais de prescription a également fait l'objet de préoccupations dans la doctrine, tant classique que moderne. Les commentaires des auteurs français sont révélateurs à cet égard<sup>83</sup>. La complexité des règles finit par faire en sorte que les justiciables peuvent parfois perdre des droits en dépit de leur diligence. Bien que le droit antique ait proposé de

---

80. Voir par exemple : M. PLANIOL et G. RIPERT, préc., note 5, par. 1327, p. 656; R. DARESTE, préc., note 51, p. 15-20 : « Les délais institués par le droit romain se justifiaient au temps de Théodose et de Justinien. Les guerres étaient fréquentes, l'ordre mal assuré, les communications lentes et difficiles [...] Mais aujourd'hui (en 1894!), dans l'état actuel des relations sociales, ces délais devraient être fortement abrégés. »

81. En droit québécois : J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 2, par. 1112-1115, p. 1343-1344. En droit français : H., L., J. MAZEAUD et Fr. CHABAS, préc., note 2, par. 1193, p. 1226-1227; Fr. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, préc., note 12, par. 1477, p. 1513-1514.

82. Voir notamment M. TANCELIN, préc., note 2, par. 1452, p. 976-977.

83. A. BÉNABENT, préc., note 10, par. 892, p. 643-644; H., L., J. MAZEAUD et Fr. CHABAS, préc., note 2, par. 1193, p. 1226-1227; Alain BÉNABENT, « Le chaos du droit de la prescription extinctive », dans *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 124-126; Philippe MALAURIE, « Exposé des motifs » dans MINISTÈRE DE LA JUSTICE ET DES LIBERTÉS, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, La Documentation française, 2006, p. 193-207.

prime abord un régime uniforme, qui ne prévoyait que quelques délais généraux, un système fort complexe de multiples délais spécifiques, parfois difficiles à circonscrire, a fini par se développer par l'entremise de lois, d'édits et d'ordonnances royales diverses. La standardisation des délais était l'un des objectifs des codificateurs du Code Napoléon, comme en témoignent les commentaires des auteurs et l'adoption de l'article 2251<sup>84</sup>, mais le régime demeurera complexe malgré cette codification<sup>85</sup>. Plusieurs auteurs se sont dits en faveur d'une élimination des délais spécifiques afin d'en arriver à un régime plus uniforme et facile d'application<sup>86</sup>.

Le législateur québécois a été le premier à agir, lors de l'adoption du *Code civil du Québec* en 1994. La réforme du droit civil québécois s'est faite en plusieurs étapes et s'est échelonnée sur quelques décennies<sup>87</sup>. Le premier document à examiner est le rapport du Comité sur la prescription de l'Office de révision du Code civil (ORCC). Le Comité avait expressément pour objectif de simplifier, de clarifier et d'unifier le droit de la prescription<sup>88</sup>. Ses propositions pour y parvenir comportaient une réduction du nombre de délais existants et de leur longueur. Le délai plus que millénaire de 30 ans devait inmanquablement être réduit<sup>89</sup>. Le Comité prévoyait un délai général de 5 ans pour les droits et recours personnels, soit une bonne part du droit des obligations, et reconduisait le délai du *Code civil du Bas Canada* de 2 ans en matière de délits et de quasi-délits<sup>90</sup>. Par ailleurs, le Comité innovait

---

84. G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. TISSIER, préc., note 5, par. 365, p. 217-218.

85. Voir, notamment, Joseph Claude François BOUSQUET, *Dictionnaire des prescriptions : en matière civile, commerciale, criminelle, en matière de délits et de contraventions, en matière administrative et fiscale*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne de Cotillon, 1838, dont l'analyse détaillée des délais existants démontre clairement que la simplification opérée par le Code Napoléon n'a été que partielle.

86. Voir notamment en droit québécois : M. TANCELIN, préc., note 2, par. 1452-1454, p. 976-977; P. MARTINEAU, préc., note 2, par. 305-306, p. 321-323.

87. Voir Fr. LEVESQUE, préc., note 2, par. 18, p. 9-11.

88. QUÉBEC, OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, COMITÉ DU DROIT DE LA PRESCRIPTION, *Rapport sur le droit de la prescription*, Montréal, Office de révision du code civil, Comité du droit de la prescription, 1970, p. III.

89. *Id.*, p. 5.

90. *Id.*, p. 3-5.

en prévoyant deux délais préfix. En matière de responsabilité civile, le report du point de départ ou la suspension de la prescription ne pouvait faire en sorte de prolonger le délai original au-delà de 10 ans après la commission du fait dommageable. La même chose était prévue en matière de nullité contractuelle, la sanction ne pouvant plus être prononcée 10 ans après la conclusion du contrat<sup>91</sup>. Enfin, élément intéressant, le Comité proposait d'abroger l'ensemble des dispositions contenues dans les diverses lois et concernant la prescription, ce qui aurait redonné au Code civil un véritable rôle de droit commun et même de source unique du droit en matière de prescription<sup>92</sup>.

La version définitive du rapport de l'ORCC reprend les grandes lignes de celle du Comité, à une exception notable près<sup>93</sup>. L'ORCC recommande l'adoption d'un délai général de 3 ans en matière de droit des obligations (droits personnels), essentiellement pour limiter les distinctions entre la responsabilité civile et le droit contractuel, dans un désir louable de simplification et d'uniformisation. La durée du délai semble être un choix mitoyen entre les délais de 2 et de 5 ans prévus dans le rapport du Comité. Le délai de 3 ans est repris dans l'*Avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit de la preuve et de la prescription et du droit international privé* de 1988<sup>94</sup> et dans le *Projet de loi n° 125* de 1990, dernière version provisoire du Code civil<sup>95</sup>. Dans ses commentaires sur le *Projet de loi n° 125*, le ministre de la Justice mentionne que le délai de 3 ans est « un heureux compromis entre le délai de cinq ans trop long et celui trop court d'un an<sup>96</sup> ». Notre

---

91. *Id.*, p. 77.

92. *Id.*, p. 115.

93. QUÉBEC (PROVINCE), OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, Québec, Éditeur officiel, 1977, t. 1, p. 567, t. 2, p. 919-921 et 933-934.

94. *Avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit de la preuve et de la prescription et du droit international privé* (présentation – 16 juin 1988), 2<sup>e</sup> sess., 33<sup>e</sup> légis. (Qc), art. 3106.

95. *Code civil du Québec*, projet de loi n° 125 (présentation – 18 décembre 1990), 1<sup>re</sup> sess., 34<sup>e</sup> légis. (Qc), art. 2909.

96. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Projet de loi 125, Code civil du Québec : commentaires détaillés sur les dispositions du projet, Livre VIII – La*

intuition sur les raisons du choix du délai de 3 ans se confirme. Le délai de 1 an auquel le ministre fait référence est celui qui se trouve applicable aux lésions corporelles et aux injures verbales dans le *Code civil du Bas Canada*.

La version définitive du *Code civil du Québec* retient le délai de 3 ans comme nouveau délai de droit commun en matière de droits personnels à son article 2925. Selon les commentaires du ministre de la Justice, les fondements de ce raccourcissement du délai de droit commun sont les suivants : « Cette adaptation de la prescription extinctive aux temps actuels s'appuie [...] sur l'intérêt [...] d'une certaine stabilité et rapidité dans les affaires courantes et [...] sur la valeur de la preuve et ses possibilités de dépérissement<sup>97</sup> ». Si le raccourcissement du délai de droit commun est une réussite, celui du nombre des délais se révèle, à notre avis, un échec. Le Code civil contient un délai de 1 an en certaines matières (art. 2928 et 2929), de 10 ans dans d'autres (art. 2924), un faux délai de droit commun (pratiquement jamais utilisé en raison de l'englobante exception de l'article 2925) pour l'ensemble de la prescription extinctive de 10 ans (art. 2922)<sup>98</sup>, sans compter les modifications de 2013 qui ont réintroduit un délai de 10 et de 30 ans en matière d'acte criminel causant un préjudice corporel et d'agression sexuelle (art. 2926.1)<sup>99</sup>. Qui plus est, les lois particulières qui prévoient des délais particuliers sont toujours en vigueur, contrairement aux souhaits de l'ORCC. Au moins, l'article 2930 C.c.Q. prévoit depuis 1994 que les lois particulières ne peuvent imposer l'envoi d'un avis ou un délai de prescription plus court que 3 ans en matière de préjudice corporel (depuis 2013, les nouveaux délais de 10 et de 30 ans ont été ajoutés). En apparence

---

*prescription*, Québec, 1991, reproduit dans É. LAMBERT, préc., note 6, par. 2925-200, p. 1052.

97. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice : le Code civil du Québec – Un mouvement de société*, t. 2, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 1836.

98. Voir Fr. LEVESQUE, préc., note 2, par. 1148, p. 596.

99. *Loi modifiant la Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels, la Loi visant à favoriser le civisme et certaines dispositions du Code civil relatives à la prescription*, L.Q. 2013, c. 8. Voir à ce sujet Fr. LEVESQUE et Cl.-É. WAGNER-LAPIERRE, préc., note 49.

neutre, cet article visait assurément à contrecarrer l'application des courtes prescriptions prévues en droit municipal, principalement l'article 585 de la *Loi sur les cités et villes*<sup>100</sup>.

Qu'en est-il maintenant du cas français? Sous l'influence de réformes en cours ou récentes, dont celle qui a eu lieu en Allemagne<sup>101</sup>, le législateur français a décidé, en 2008, d'intervenir dans le domaine de la prescription. L'épuration opérée par le Code Napoléon ne suffisait plus. La doctrine critiquait alors principalement la longueur et le nombre des délais existants<sup>102</sup>. Le législateur a donc adapté la longueur des délais à une société française dont le rythme de vie a considérablement accéléré au cours des dernières décennies. Le délai de droit commun a ainsi déchu de 30 à 5 ans<sup>103</sup>. Une certaine place a été accordée à la liberté contractuelle en permettant aux parties d'allonger ou d'abrèger les délais de prescription dans leurs rapports juridiques, à condition que le nouveau délai soit de plus de 1 an et de moins de 10 ans<sup>104</sup>. Le législateur, dans un souci de prudence, a toutefois exclu cette possibilité dans certains domaines<sup>105</sup>. La doctrine semble s'accorder pour dire que la réforme, bien qu'elle soit positive à certains égards, aurait dû être poussée un peu plus loin, ce qui lui a valu quelques critiques acerbes<sup>106</sup>. Cependant, le nombre de délais a été réduit,

100. *Loi sur les cités et villes*, RLRQ, c. C-19; Fr. LEVESQUE, préc., note 2, par. 1166, p. 605; Doré c. Verdun, [1997] 2 R.C.S. 862.

101. Ph. MALAURIE, préc., note 83, p. 195.

102. S. CATTELET, préc., note 75, par. 19 et 142-149, p. 21 et 96-104.

103. Ancien article 2262, art. 2224 C. civ. français actuel. Sur la réforme en général, voir : Cécile BIGUENET-MAUREL, *Réforme de la prescription civile*, Levallois, Éditions Francis Lefebvre, 2008; Philippe CASSON et Philippe PIERRE (dir.), *La réforme de la prescription en matière civile – Le chaos enfin régulé?*, Paris, Dalloz, 2010.

104. Art. 2254 al. 1 C. civ. français actuel.

105. C'est le cas notamment du contrat de travail et de location (art. 2254 al. 3 C. civ. français actuel), en matière d'assurance (art. L114-3 Code des assurances) et de consommation (art. L218-1 Code de la consommation).

106. Monique BANDRAC, « La nouvelle nature juridique de la prescription extinctive en matière civile », *Revue des contrats*, 2008.4.1413, par. 36-38; J. KLEIN, préc., note 24, par. 447, p. 341-342. Sur la question du point de départ, auquel l'auteure a consacré sa thèse, voir par. 6, 384-387 et 629, p. 5-6, 289-293 et 469.



considérant que le Code civil français contient désormais quatre délais différents (5, 10, 20 et 30 ans) plutôt que huit et, surtout, que le nombre de cas visés par une disposition particulière a chuté de façon importante. Tout bien considéré, cette réforme constitue indubitablement un pas dans la bonne direction, compte tenu de l'abandon attendu de la règle plus que millénaire de la prescription trentenaire.

## **2.6 Les solutions appliquées dans le droit de tradition anglaise (common law)**

À l'origine, la common law ne connaissait pas de délais de prescription<sup>107</sup>. Petit à petit, d'une façon analogue à ce qui s'est produit en France à la même époque, certaines ordonnances royales ont commencé à limiter les actions dans le temps, la toute première œuvre législative connue en la matière étant le *Statute of Merton, 1236*<sup>108</sup>. Fait intéressant : les recours n'étaient pas prescrits par l'écoulement d'un délai en tant que tel, mais le devenaient à une date butoir, généralement liée à un fait historique, peu importe la période de temps qui s'était écoulée entre l'évènement générateur de droit et le fait historique. Ce sera trois siècles plus tard, en 1540, que la première loi dite moderne et prévoyant un réel délai s'écoulant à partir de la naissance de la cause d'action sera édictée<sup>109</sup>.

La prescription de common law est inspirée du droit romain<sup>110</sup> : c'est pourquoi son fonctionnement participe autant de la logique déductive du droit civil que de la logique inductive de la common law. Effectivement, alors que le législateur du droit civil développe un principe général que les juges appliquent au cas particulier, le juge de common law élabore à partir du cas particulier une règle à vocation plus générale qui sera parfois

---

107. G. MEW, préc., note 42, par. 1.6; J.C. MORTON, préc., note 42, p. 8; J.S. WILLIAMS, préc., note 43, p. 24.

108. G. MEW, préc., note 42, par. 1.6; J.C. MORTON, préc., note 42, p. 8; J.S. WILLIAMS, préc., note 43, p. 25.

109. G. MEW, préc., note 42, par. 1.6.

110. J. MCCANN, préc., note 2, p. 73-74.

tempérée par le législateur et appliquée à d'autres cas particuliers. La prescription conserve cette logique en raison, notamment, de l'importance de l'interprétation jurisprudentielle de la loi et de la spécificité des délais prévus dans la loi. En effet, plutôt que de prévoir un délai de droit commun avec diverses exceptions, la législation plus classique, telle qu'elle est présentée en doctrine, établit plutôt une myriade de délais particuliers complétés par un délai subsidiaire<sup>111</sup>. Toutefois, elle possède un caractère spécifique en raison du fait de son élaboration qui tient sa source principale dans la loi et non dans la jurisprudence. Les auteurs de doctrine soulignent d'ailleurs avec une certaine insistance le fait que la prescription a pour source la loi, alors que cela irait de soi en droit civil. Ainsi, dans les provinces canadiennes de common law, la source première des règles relatives à la prescription se retrouve invariablement dans une loi dont l'appellation peut varier : *Statute of limitations*, *Limitation Act*, *Limitations Act* ou encore *Limitations of Actions Act*<sup>112</sup>. Il faut immanquablement ajouter à cette source la loi d'interprétation de la province<sup>113</sup>, puisque s'y trouvent les règles

---

111. Everett Lane WEAVER, *Limitations. Being a Treatise on the Time Limit on Actions in Canada*, Toronto, Canadian Law List Publishing Compagny, 1939, p. VIII-XI.

112. Voici la liste des neuf lois des provinces canadiennes de common law relative à la prescription, d'ouest en est :

- Colombie-Britannique (BC) : *Limitation Act*, R.S.B.C. 2012, c. 13;
- Alberta (AB) : *Limitations Act*, R.S.A. 2000, c. L-12;
- Saskatchewan (SK) : *Limitations Act*, S.S. 2004, c. L-16.1;
- Manitoba (MB) : *Loi sur la prescription*, C.P.L.M., c. L150;
- Ontario (ON) : *Loi de 2002 sur la prescription des actions*, L.O. 2002, c. 24, annexe B;
- Nouveau-Brunswick (NB) : *Loi sur la prescription*, S.N.B. 2009, c. L-8.5;
- Nouvelle-Écosse (NS) : *Limitation of Actions Act*, R.S.N.S. 2014, c. 35;
- Île-du-Prince-Édouard (PE) : *Statute of Limitations*, R.S.P.E.I. 1988, c. S-7;
- Terre-Neuve-Labrador (NL) : *Limitations Act*, S.N.L. 1995, c. L-16.1.

113. G. MEW, préc., note 42, par. 3.122. Voici la liste des neuf lois des provinces canadiennes de common law, d'ouest en est :

- BC : *Interpretation Act*, R.S.B.C., c. 238;
- AB : *Interpretation Act*, R.S.A., c. I-8;

relatives à la computation des délais. Les règles de fond et les règles plus techniques sont scindées, contrairement à la situation qui règne en droit québécois de la prescription<sup>114</sup>.

Une différence majeure entre le droit de la prescription en common law canadienne et le droit civil québécois mérite d'être soulignée, soit la présence récurrente de délais préfix d'application générale. Contrairement à la situation qui existe au Québec, les lois des provinces du reste du pays prévoient toutes, à l'exception de celle de l'Île-du-Prince-Édouard, un délai maximal d'application générale courant à partir d'un moment précis dans le temps (soit la survenance de l'acte ou de l'omission entraînant responsabilité) au-delà duquel le recours est prescrit, sans égard aux causes de suspension reconnues pour les délais de prescription. Ces délais, plus longs que les délais de prescription, sont d'une durée de 10, de 15 ou de 30 ans, selon la province<sup>115</sup>. Leur présence presque universelle est vraisemblablement une conséquence de la réduction généralisée de la longueur des délais lors des dernières réformes, celles-ci ayant poussé les tribunaux et les législateurs à être davantage généreux envers les créanciers en matière de suspension<sup>116</sup>. Si la suspension est plus facilement reconnue, un mécanisme doit faire en sorte que la prescription parvienne à remplir les fonctions pour lesquelles elle a été créée.

- 
- SK : *Interpretation Act*, 1995, S.S. 1995, c. I-11.2;
  - MB : *Loi d'interprétation*, C.P.L.M. c. I80;
  - ON : *Loi de 2006 sur la législation*, L.O., 2006, c. 21, annexe F;
  - NB : *Loi d'interprétation*, R.S.N.B. 1973, c. I-13;
  - NS : *Interpretation Act*, R.S.N.S. 1989, c. 235;
  - PE : *Interpretation Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. I-8;
  - NL : *Interpretation Act*, R.S.N.L. 1990, c. 1-19.

114. *Code civil du Québec*, RLRQ c. CCQ-1991, art. 2879.

115. Délai de 10 ans : art. 3(1)b) *Limitations Act* (AB). Délai de 15 ans : art. 21(1) *Limitation Act* (BC); art. 7(1) *Limitations Act* (SK); art. 15(2) *Loi de 2002 sur la prescription des actions* (ON); art. 5(1)b) *Loi sur la prescription* (NB); art. 8(1)b) *Limitation of Actions Act* (NS). Délai de 30 ans : art. 14(4) *Loi sur la prescription* (MB), art. 22 *Limitations Act* (NL).

116. R. ZIMMERMANN, préc., note 41, p. 99-100.

Il est intéressant de remarquer que les réformes actuelles de la prescription ont lieu à la fois dans les États de tradition civiliste et dans ceux de la common law. Au Canada, les lois relatives à la prescription ont, à l'exception de celle qui est en vigueur à l'Île-du-Prince-Édouard, toutes été adoptées ou modifiées depuis le début du XXI<sup>e</sup> siècle<sup>117</sup>. Ces réformes sont généralement inspirées par les travaux de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada et, plus précisément, de la *Loi uniforme sur la prescription des actions* de 2005. Ce projet de loi type est lui-même basé sur des réformes relatives à la prescription en Alberta, en Ontario et en Saskatchewan, découlant elles-mêmes des travaux de l'Alberta Law Reform Institute sur la prescription, qui datent des années 80<sup>118</sup>. De plus, la similitude des critiques des auteurs de common law et des auteurs de droit civil<sup>119</sup> quant aux régimes de la prescription, étant à la source de ces réformes, témoigne de leurs origines communes et confirme que les législateurs des deux traditions juridiques ont dû résoudre des problèmes de même nature dans ce domaine du droit.

Actuellement, la tendance au raccourcissement des délais s'observe aussi dans les provinces de common law. La Colombie-Britannique, l'Alberta, la Saskatchewan, l'Ontario, le Nouveau-Brunswick et la Nouvelle-Écosse ont adopté des délais d'application générale de 2 ans (*basic limitation periods*)<sup>120</sup>, complétés par des délais spécifiques qui y dérogent. Dans leur application, ces dispositions sont très semblables à l'article 2925 C.c.Q. Toutefois, dans les provinces de l'Île-du-Prince-Édouard, de Terre-Neuve-et-

---

117. NS : adoption en 2014; NL : modifications en 2008; NB : adoption en 2009; BC : adoption en 2012; AB : adoption en 2000; SK : adoption en 2004; ON : adoption en 2002; MB : modifications en 2002, 2005, 2010 et 2013.

118. CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA, GROUPE DE TRAVAIL DE LA LOI UNIFORME SUR LA PRESCRIPTION DES ACTIONS, *Rapport sur la Loi uniforme sur la prescription*, août 2005, p. 3, [En ligne] [[www.ulcc.ca/images/stories/2005\\_French\\_pdf/2005chlc0035\\_Uniform\\_Limitations\\_Act\\_Rep\\_Fr.pdf](http://www.ulcc.ca/images/stories/2005_French_pdf/2005chlc0035_Uniform_Limitations_Act_Rep_Fr.pdf)] (PDF)].

119. S. CATTELET, préc., note 75, par. 128, p. 87; R. ZIMMERMANN, préc., note 41, p. 81-85.

120. Art. 6 (1) BC; art. 3 (1) a) AB; art. 5 SK; art. 4 ON; art. 5 (1) a) NB; art. 8 (1) a) NS.

Labrador et du Manitoba, on trouve plutôt de nombreux délais spécifiques et un délai subsidiaire de 6 ans (*default limitation periods*)<sup>121</sup>, malgré les réformes. Ce délai de 6 ans est considéré par la doctrine comme le délai « classique » de la common law<sup>122</sup>, un peu à la façon dont le délai de 30 ans était le délai « classique » du droit civil. Aux fins de comparaison, il convient de mentionner que la formulation de ces délais se rapproche de celle de l'article 2922 C.c.Q., dont les hypothèses d'application demeurent rares au Québec<sup>123</sup>. Pour ce qui est de la diffamation, alors qu'elle est soumise à un délai de 2 ans dans la plupart des États lorsqu'elle émane d'un particulier<sup>124</sup>, les lois de certaines provinces prévoient un délai plus court lorsqu'elle est faite par un organisme de presse reconnu<sup>125</sup>. C'est là un autre point commun avec le droit civil québécois.

## Conclusion

La prescription extinctive n'est pas l'ennemie tant décriée du justiciable, mais plutôt, dans l'ensemble, une importante alliée de celui-ci. L'institution existe depuis près de 3 000 ans et elle s'avère fondamentalement juste et équitable envers les deux parties dans un litige privé, sans oublier qu'elle est nécessaire dans l'intérêt public. Un auteur classique québécois déconstruit bien le mythe tenace encore trop souvent accolé à la prescription : « On a dit que la prescription était un moyen de spoliation donné aux gens malhonnêtes. Il est possible qu'elle favorise quelquefois des malhonnêtes gens, mais le plus souvent, au contraire, elle sert à protéger un honnête homme contre des prétentions malhonnêtes<sup>126</sup> ». Son effet, parfois déroutant pour le profane, serait probablement mieux compris et accepté si les citoyens étaient davantage renseignés sur l'existence et sur la durée des délais

---

121. Art. 9 NL; art. 2 (1) g) PE; art. 2 (1) n) MB.

122. Colette REID, *Civil Litigation*, New York (Oxford), Oxford University Press, 2004, p. 19.

123. Fr. LEVESQUE, préc. note 2, par. 1161, p. 603.

124. G. MEW, préc., note 42, par. 8.21.

125. *Id.*, par. 8.28-8.29.

126. Fr. LANGELIER, préc., note 18, p. 435.

prévus par la loi<sup>127</sup>. La maxime « Nul n'est censé ignorer la loi » a rarement paru aussi désuète et illusoire qu'en matière de prescription<sup>128</sup>.

---

127. Merci à Mme Rachel Nadeau, alors étudiante au baccalauréat en droit, mais inscrite à un cours de maîtrise, pour l'inspiration.

128. S. CATTELET, préc., note 75, par. 367, p. 343-344.

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** « Jalons pour une théorie pragmatique de l'interprétation du contrat : du temple de la volonté à la pyramide de sens »

**Auteur(s) :** Jérémie Fortin-Legoux

**Revue :** *RDUS*, 2016, volume 46, numéro 3

**Pages :** 609-617

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/13625>

*Page vide laissée intentionnellement.*



### **JALONS POUR UNE THÉORIE PRAGMATIQUE DE L'INTERPRÉTATION DU CONTRAT : DU TEMPLE DE LA VOLONTÉ À LA PYRAMIDE DE SENS\***

par Jérémie FORTIN-LEGOUX\*\*

L'interprétation des contrats est quotidiennement utilisée devant les tribunaux pour trancher les litiges entre des parties contractantes. Pourtant, la doctrine civiliste s'intéresse peu à ce sujet et la jurisprudence peut sembler prendre plusieurs directions incompatibles avec la théorie classique<sup>1</sup>. Dans son ouvrage, Vincent Caron s'attaque à cette théorie qu'il prend le temps de déconstruire avec minutie. Après avoir sévèrement critiqué la théorie interprétative classique, l'auteur se lance comme défi de développer une théorie « plus complexe, mais qui a une meilleure capacité explicative, qui cherche à rétablir une certaine honnêteté intellectuelle et qui correspond mieux à la réalité vivante de ce que fait l'interprète » (p. XI).

Dans la première partie de son ouvrage, Vincent Caron se penche sur la théorie pragmatique de l'interprétation juridique en explicitant le triangle de la signification du professeur Benoît Frydman, qui est composé de l'émetteur (1), du message (2) et du destinataire (3)<sup>2</sup>. Les trois sommets exercent tous une influence sur la signification du message. Vincent Caron les reprend pour élaborer sa théorie pragmatique de l'interprétation contractuelle.

---

\*. Vincent CARON, *Jalons pour une théorie pragmatique de l'interprétation du contrat : du temple de la volonté à la pyramide de sens*, Montréal, Éditions Thémis, 2017. Sauf indication contraire, les notes qui suivent font référence à cet ouvrage et les pages pertinentes apparaissent entre parenthèses dans le texte même.

\*\*.

Étudiant au baccalauréat à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

1. La théorie interprétative classique est une théorie fondée essentiellement sur la doctrine du sens clair et l'intention commune des parties dans le but d'interpréter les contrats (p. 69).

2. Fait intéressant, ces sommets remontent à la Grèce antique alors qu'Aristote avait mis en évidence trois éléments inhérents à tout discours : l'*ethos*, qui concerne l'orateur; le *logos*, qui désigne le discours lui-même; et le *pathos*, qui considère l'effet sur l'auditoire (p. 61).

Adaptés à la logique de l'interprétation contractuelle, ces sommets deviennent les contractants (1), la logique (du droit et du contrat) (2) et l'interprète (3). On remarque alors que, en plus des contractants, la logique et l'interprète sont appelés à jouer un rôle dans l'émergence du sens selon la théorie pragmatique. Cette dernière, adaptée à l'interprétation contractuelle, englobe à travers ses sommets différentes théories interprétatives. Ainsi, le sommet des contractants (1) utilise l'autorité comme fondement de ses arguments et se sert de l'intention commune à titre de lieu commun. Pour sa part, le sommet portant sur la logique (du droit et du contrat) (2) fait appel à la raison comme fondement de ses arguments et à la cohérence du système en guise de lieu commun. Enfin, le sommet de l'interprète (3) a recours à l'utilité comme fondement de ses arguments et à la mise en balance des intérêts en tant que lieu commun (p. 65).

Dans la deuxième partie de son ouvrage, Vincent Caron compare la théorie classique de l'interprétation des contrats à un temple, lequel serait supporté par deux colonnes : la doctrine du sens clair et l'intention commune des parties. La doctrine du sens clair pose le principe (tautologique) qu'il ne faut pas interpréter ce qui ne nécessite pas d'interprétation. Selon ce principe, ce n'est qu'en présence d'un doute ou d'une ambiguïté que l'écrit peut être interprété. Vincent Caron critique<sup>3</sup> cette doctrine au motif qu'il n'existe pas de texte clair en soi et que cette idée témoigne d'une méconnaissance de l'activité interprétative. Également, l'auteur formule la critique suivante : affirmer qu'un texte est clair présuppose une interprétation et la distinction entre « clair » et « ambigu » est discutable. Cette doctrine va d'ailleurs à l'encontre de l'article 1425 du *Code civil du Québec* d'après lequel l'interprète ne doit pas « s'arrêter au sens littéral des termes utilisés ». L'auteur distingue ensuite trois fonctions de la doctrine du sens clair qui

---

3. Il serait pertinent de mentionner que Vincent Caron n'est pas le premier à formuler ces critiques. En effet, ces dernières ont déjà été exprimées dans le contexte de l'interprétation des lois : voir, par exemple, Pierre-André CÔTÉ, avec la collab. de Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT, *Interprétation des lois*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009, n<sup>os</sup> 1069 et suiv.

expliquent pour quelles raisons cette dernière est parfois encore utilisée. À l'image de son homologue en matière d'interprétation des lois, la doctrine du sens clair joue un rôle de régulation<sup>4</sup>, de justification<sup>5</sup> et de dissimulation<sup>6</sup>.

La seconde colonne du temple, soit celle de l'intention commune des parties, est ensuite analysée par Vincent Caron. Selon la théorie classique, l'interprète doit trouver l'intention commune des parties au moment de la formation du contrat, laquelle repose sur les fondements suivants : la liberté contractuelle, l'autonomie de la volonté et la rationalité des contractants. Le premier fondement fait l'objet d'une analyse critique par l'auteur, celui-ci soulignant son caractère artificiel : nous ne sommes pas toujours libres de contracter<sup>7</sup> et notre liberté de choisir notre cocontractant est souvent limitée<sup>8</sup>, tout comme le contenu du contrat<sup>9</sup>. En ce qui concerne l'autonomie de la volonté, l'auteur affirme qu'elle ne justifie plus la force obligatoire et le caractère juste du contrat. Il critique également le concept de la rationalité des contractants qui, à son avis, « hypertrophie

- 
4. La doctrine du sens clair tend vers une limitation du rôle du juge, imposant que, lorsque le texte est clair, il n'y a pas lieu de l'interpréter. Un seul sens serait alors possible.
  5. Le juge qui utilise cet argument n'a pas à donner d'autres justifications : il se contente de mentionner que le texte est clair et qu'il n'a donc pas à être interprété. Selon Vincent Caron, ce serait « davantage un argument d'autorité que de raison », portant à « évacuer le débat interprétatif » (p. 99).
  6. La doctrine du sens clair permet au juge de dissimuler les motifs réels de sa décision derrière un sens clair. On se trouve en quelque sorte à « nier le principe de la motivation des jugements » (p. 101).
  7. L'auteur mentionne quelques exemples, notamment le cas du salarié qui doit, pour recevoir son salaire, contracter avec une institution financière ou adhérer à une assurance responsabilité professionnelle ou encore l'obligation d'adhérer à une assurance automobile pour conduire une automobile.
  8. Certaines situations de monopole rendent impossible ce choix, par exemple en matière de fourniture d'électricité, de loterie ou de transport ferroviaire.
  9. Par exemple, en ce qui concerne les contrats d'adhésion, les clauses externes qu'ils peuvent contenir et les contrats types rendent illusoire la détermination du contenu contractuel.

artificiellement l'autorité accordée à l'auteur » et « atrophie proportionnellement la reconnaissance du rôle joué par la cohérence du droit dans l'émergence de la signification » (p. 121). Vincent Caron exprime d'abord ses doutes quant à la recherche de l'intention commune au moment de la formation du contrat dans certaines situations, notamment dans les contrats d'adhésion où une partie en position de force dicte ses conditions, dans les cas où les parties n'ont pas tout prévu ou encore dans les cas où elles ont changé depuis la formation du contrat<sup>10</sup>. L'auteur analyse ensuite les fonctions de l'intention commune. La recherche de l'intention commune des parties a des fonctions de régulation<sup>11</sup>, de justification sur le plan de la forme<sup>12</sup> et du fond<sup>13</sup> ainsi que de dissimulation<sup>14</sup>. Bref, il est possible de constater que les deux « colonnes du temple » (le sens clair et l'intention commune des parties) permettent de camoufler le véritable rôle de l'interprète et participent à la dissimulation de sa fonction créatrice.

Vincent Caron poursuit sa critique en analysant les poutres du temple qui se trouvent à être la division classique entre les méthodes subjectives et les méthodes objectives. Ainsi, dans la théorie classique, quand l'interprète ne réussit pas à trouver

- 
10. Pensons en particulier aux contrats de servitude, pour lesquels les parties peuvent avoir changé depuis la formation du contrat.
  11. Le pouvoir discrétionnaire du juge se trouve limité par la recherche de l'intention commune des contractants.
  12. L'auteur précise que c'est un passage obligé puisque pour un juge, ne pas justifier sa décision sur l'intention commune, c'est risquer de se faire renverser en appel.
  13. Sur le plan du fond, l'intention commune permet de justifier le caractère raisonnable. En effet, on détermine une solution raisonnable que l'on attribue ensuite aux parties. On se trouve aussi à justifier le caractère équitable de la décision, notamment en ajoutant des obligations implicites d'équité.
  14. Il est possible de dissimuler tant l'inégalité des forces dans la relation contractuelle que les défauts des contractants (étant donné que ceux-ci sont présumés rationnels, généreux et prévoyants). On peut aussi masquer les pouvoirs créateurs du juge puisque le texte n'a pas de vrai sens, mais seulement des sens possibles. C'est donc l'interprète, en réalité, qui détermine le sens. Il peut aussi occulter ses véritables motivations : il trouvera, par exemple, des solutions d'équité qu'il imputera, dans son jugement, à l'intention commune des parties.

clairement l'intention commune des parties, il dispose de plusieurs moyens pour arriver à la découvrir (méthodes subjectives). C'est seulement lorsque ces moyens ne lui permettent pas de déceler l'intention commune des parties qu'il peut utiliser d'autres moyens indépendants de la volonté des contractants (méthodes objectives). La méthode textuelle, qui étudie les termes employés, la méthode logique, qui examine le contexte d'emploi des termes, et la méthode téléologique, qui se penche sur le but poursuivi par les contractants, font partie des méthodes subjectives. Celles-ci tentent de déterminer la volonté commune des contractants et sont édictées aux articles 1425 à 1431 C.c.Q. Selon la théorie classique, lorsque les méthodes subjectives sont infructueuses, l'interprète peut alors passer aux méthodes objectives contenues aux articles 1432 et 1434 C.c.Q. L'emploi des usages, le recours à l'équité et l'application des règles de lecture forcée composent les méthodes objectives. Vincent Caron critique cette façon de classer les méthodes subjectives et les méthodes objectives, considérant qu'elle « hypertrophie le rôle de la volonté au détriment des autres facteurs de sens » (p. 173). Dans sa thèse, il utilise à titre d'exemples les articles 1426, 1427 et 1428 C.c.Q. qu'il justifie par d'autres facteurs de sens que la volonté des contractants. La théorie classique, qui justifie l'existence de ces articles par la volonté des parties, se trouve ainsi à amplifier le rôle de l'autorité de l'auteur en limitant le rôle de la cohérence et de l'interprète dans le processus interprétatif. Tout en soutenant que la théorie interprétative classique hypotrophie les autres facteurs de sens, Vincent Caron relève que, en plus du fait de reléguer au second rang les facteurs indépendants de la volonté, la théorie classique justifie le recours à ces méthodes par des présomptions de volonté. L'emploi des méthodes objectives s'explique dans la théorie classique par la recherche de la volonté, les parties étant présumées vouloir ce qui est déterminé par les méthodes objectives. Pour critiquer la théorie classique, l'auteur a procédé à une analyse quantitative de près de 500 décisions qui citent l'article 1432 C.c.Q.<sup>15</sup>. Étant donné le

---

15. L'article 1432 C.c.Q. mentionne : « Dans le doute, le contrat s'interprète en faveur de celui qui a contracté l'obligation et contre celui qui l'a stipulée. Dans tous les cas, il s'interprète en faveur de l'adhérent ou du consommateur. » L'auteur a effectué sa recherche à l'aide de la banque de

nombre insuffisant de décisions de la Cour d'appel, il a étendu sa recherche aux juridictions de la Cour supérieure et de la Cour du Québec (Chambre civile et Division des petites créances)<sup>16</sup>. Puis il a examiné les données obtenues et les a compilées sous forme de tableau selon le rôle joué par l'article 1432 C.c.Q.<sup>17</sup> et d'après le moment où il a été utilisé à l'étape de la justification<sup>18</sup>. Vincent Caron en arrive à la conclusion que la théorie classique devrait être nuancée, car l'article 1432 C.c.Q. était cité dans bon nombre de cas sans que la Cour ait préalablement eu recours aux méthodes subjectives. Dans certaines décisions, on se servait même exclusivement de cet article pour trancher le litige. De plus, l'auteur souligne que cet article a non seulement une fonction décisive<sup>19</sup>, mais aussi à l'occasion une fonction fortifiante de l'argumentation<sup>20</sup> ou encore une fonction stylistique<sup>21</sup>.

Dans la troisième partie de son ouvrage, Vincent Caron construit sa pyramide de sens. Il s'agit d'une ébauche de la théorie pragmatique de l'interprétation contractuelle. La démarche de l'auteur se veut alors descriptive plutôt que prescriptive. Il amorce cette partie en abordant la production de la norme, puis sa justification. Il est important ici de faire la distinction entre les

---

données *CanLII*, [En ligne] [[www.canlii.org/](http://www.canlii.org/)] (consulté le 20 janvier 2011).

16. Les mots clés « 1432 » et « contrat » ont été employés pour effectuer la recherche.
17. Trois rôles sont alors possibles : un rôle déterminant dans l'attribution du sens, un rôle confortant quant au sens déjà attribué ou encore un rôle stylistique.
18. Les moments possibles se situent au début, au milieu ou à la fin de l'analyse du juge.
19. L'article 1432 C.c.Q. a une fonction décisive lorsqu'il est utilisé pour trancher le « nœud interprétatif en octroyant un sens en faveur du débiteur, de l'adhérent ou encore du consommateur » (p. 188).
20. La fonction fortifiante a pour objet de « confirmer le sens déjà dégagé par l'application des différentes directives interprétatives, notamment celles prévues aux articles 1425 et 1426 C.c.Q. » (p. 189).
21. L'article 1432 C.c.Q. a une fonction stylistique lorsqu'il est utilisé « sans pour autant être discuté ou lorsque le juge affirme péremptoirement, à titre d'exemple, que le contrat s'interprète en faveur du consommateur, sans pour autant discuter davantage de cette assertion ou encore donne raison au commerçant » (p. 190).

deux : la production de la norme découle du choix de l'interprète, tandis que sa justification est liée à l'argumentation qui s'ensuit.

Pour élaborer sa théorie de la production de la norme, Vincent Caron débute en faisant un détour par la théorie structurante du droit de Friedrich Müller, qu'il adapte à l'interprétation des contrats. Cette théorie fait la distinction entre la norme et le texte de la norme : l'interprète utilise le texte seulement comme point de départ pour élaborer la norme et il en dégage les différents sens possibles. Par la suite, le juge concrétise la norme : il produit la norme générale dans un cas déterminé. Cette théorie reconnaît donc le choix de sens opéré par l'interprète et se trouve, par le fait même, à accepter l'influence de ce dernier relativement à l'interprétation. Ainsi, Vincent Caron mentionne que, dans la théorie pragmatique de la production de la norme, le juge doit s'intéresser à trois facteurs : la volonté de l'auteur, la logique de l'ordre juridique établi et la légitimité du résultat. Ces facteurs interviennent simultanément et constituent le triangle de la production de la norme juridique qui contient les « mobiles psychologiques » de l'interprète.

Par la suite, Vincent Caron met au point le triangle de la justification de la norme juridique. Ce triangle permet d'illustrer les arguments utilisés par les interprètes pour convaincre leurs lecteurs du choix de la norme. Selon l'auteur, il n'y a donc pas nécessairement de concordance entre la justification de la norme et les « mobiles psychologiques » de la production de la norme. Dans le triangle de la justification soumis par l'auteur, l'interprète a le choix d'utiliser des arguments de volonté (1), des arguments de logique (2) ou des arguments de légitimité (3). Vincent Caron place les arguments de texte à la fois à l'intérieur et à l'extérieur du triangle, étant donné que « le rapprochement de cet argument à un pôle de signification varie en fonction de son contexte d'utilisation » (p. 219). Les arguments de volonté découlant de la formation du contrat se manifestent à travers la volonté commune et individuelle des parties, tandis que ceux qui résultent de l'exécution du contrat apparaissent dans l'interprétation déjà faite du contrat par les parties et à travers la renonciation et la modification implicite du

contrat. Les arguments de logique, pour leur part, englobent les arguments de cohérence du système juridique au fil des principes généraux du droit et des adages, de la loi, de la jurisprudence, de la doctrine et des usages. Les arguments de logique se manifestent également par l'entremise des arguments de cohérence contractuelle. Ces derniers peuvent provenir de la logique à l'intérieur même du contrat ou encore de la qualification ou de l'objet du contrat. Les arguments de légitimité, quant à eux, se manifestent à travers les effets de l'interprétation. Ceux-ci peuvent être économiquement raisonnables, socialement raisonnables et équitables. Les arguments de légitimité incluent aussi les règles d'interprétation stricte d'origine doctrinale ou prétorienne et les règles d'interprétation stricte codifiées (par exemple, l'article 1432 C.c.Q.). Ainsi, le juge appelé à interpréter un contrat dispose de plusieurs outils argumentatifs pour justifier son interprétation.

Vincent Caron termine son ouvrage en illustrant sa pyramide à l'aide de décisions judiciaires. Il applique donc son triangle de la justification à plusieurs décisions de la Cour d'appel du Québec. Ainsi, il catégorise douze juges de la Cour d'appel en fonction du type d'arguments utilisés pour rendre leurs décisions<sup>22</sup> : les arguments de texte, les arguments volontaristes, les arguments de logique, les arguments variés et les arguments inclassables. L'auteur en arrive à la conclusion que chacun des juges possède sa propre façon de justifier son interprétation. Il démontre, par conséquent, de manière éloquente qu'il n'existe pas une seule théorie d'interprétation, mais qu'il y a plutôt coexistence de plusieurs théories. Contrairement à ce que prétend la théorie classique, la justification de la norme ne découle pas systématiquement d'arguments de volonté. Chaque interprète se situe dès lors à un endroit différent sur le triangle de la justification. Il serait pertinent de mentionner que, dans cette partie de son ouvrage, l'auteur s'est concentré sur la justification de la norme et non sur sa production. Cette dernière étant conditionnée à des

---

22. Les juges retenus devaient être en fonction le 1<sup>er</sup> juin 2013 (date de début des recherches), avoir fourni des motifs (majoritaires ou dissidents) qui leur sont attribuables individuellement dans au moins sept décisions.



opérations intellectuelles inaccessibles à l'observateur, il est uniquement possible de spéculer à leur endroit.

La thèse de Vincent Caron, à la base de son ouvrage, permet ainsi de résoudre les problèmes que soulève la théorie classique de l'interprétation des contrats<sup>23</sup>. De façon structurée, méthodique et intelligible, l'auteur fait appel à plusieurs analogies pour bien illustrer ses propos. D'ailleurs, il a reçu le prix Thémis de la meilleure thèse en 2015. À notre avis, son ouvrage est un incontournable pour les avocats, notaires, juges, professeurs et étudiants qui s'intéressent à l'interprétation des contrats et qui recherchent une présentation de l'état positif du droit.

---

23. Plusieurs de ces problèmes ne sont pas nouveaux. D'ailleurs, Vincent Caron reprend les termes employés par certains auteurs qui soulèvent le caractère « "impraticable", "déroutant", "insolite", "tabou", "artificiel", "divinatoire", "utopique" ou encore "hypocrite et quelque peu honteux" » de cette interprétation (p. 5).